

شرح
فتح القدير
تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
شم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفی
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الهداية : شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البابرقي المتوفى سنة ٧٨٩ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدی چلبی وبسعدی أفندی المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

وبليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف
بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الخامس

شركة مكتبة و مطبعة طهطاين إلبا إلى الماي و دولة بهصر
محمد محمود الماي و شينكا . خلفه

الطبعة الأولى

١٩٧٠م - ١٣٨٩هـ

حقوق الطبع محفوظة للناسخ

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب العتق على جعل)

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بمقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما

(باب العتق على جعل)

آخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخرج الخلع في الطلاق لأن المال في هذين البابين من الإسقاط غير أصل ، بل الأصل عدمه ، فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل ، والجعل ما يجعل للإنسان على شيء يفعله ، وكذا الجميلة ، ويقال الجمالة ضبط جيمها بالكسر في الصحاح ، وفي غيره من غريب الحديث للقبلي وديوان الأدب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تجيئني بألف أو بعثك نفسك بألف أو وهبتيها على أن تعوضني ألفا فإنه يعتق إذا قبل ، وإنما يعتق بمجرد قبوله ، والولاء المولى لأنه عتق على ملكه ، وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة ، ومن

(باب العتق على جعل)

الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله ، وكذلك الجمالة بالكسر ، وإنما أخرج هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أي مال كان من عروض أو حيوان أو غيرها (مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تجيئني بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله . لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط أداء الألف كما لو قال إن أديت لي ألفا لأمسا قبل إنها إنما تكون للشرط إذا دخلت فيها يكون على خطر الوجود وذلك في الأفعال دون الأعيان لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال ، بل لما قبل لأن الكلام فيها إذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وإنما يعتق العبد بمقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه) فقله إذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال

(باب العتق على جعل)

في البيع . فإذا قبل صار حراً ، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به ، بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ماعرف ،

حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع ، وكما إذا طلقها على مال قبلت ، وهذا لأن المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض ، وإلا اجتمع العوضان في ملكه حكماً للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك إن كان حاضراً ، وإن كان غائباً اعتبر مجلس علمه . فإن قبل عتق ولزمه المال ديناً يطالب به بعد الحرية ، وإن رده أو أعرض إما بالقيام أو باستغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده ، وإذا صار ديناً على حر صحت الكفالة به ، وعليه ما ذكر في الأصل . أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئاً فليس على المولود من ذلك المال شيء لأنه ليس على الوارث من دين المورث شيء ، ولو كانت أعطته في حال حاجتها كغليلا بالمال الذي أعتقها عليه جاز لأنها حرة مديونة ، بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتق للعبد والبذل

وهو يتحمل وجوهاً : أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لأنه مال فلا يملك المال ، وإذا لم يملكه كان مابذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لأن المولى يملكه ، فكان مابذله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك نفسه لأنه ليس بمال بالنسبة إلى نفسه لكونه مبيعاً على أصل الحرية بالنسبة إليه ، ولهذا صح إقراره بالحدود والتقصص وغيرها . وإذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالإعتاق أو ببيع نفسه منه فكان مابذله في مقابلة ما ليس بمال ، ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح ، وهذا أيضاً ليس بشيء لأن العبد مال بالنسبة إلى مولاه وإن لم يكن مالا بالنسبة إلى نفسه فكان مابذله في مقابلة مال عند المولى . والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً فلم يدخل به في يده شيء من المال . غاية ما يقال إنه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لاحتالة ، فكان مابذله في مقابلة ما ليس بمال بل ماهو قوة شرعية ، وهذا أقرب منهما . وإذا ثبت أنه معاوضة فن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع ، فإذا قبل صار حراً ، وإن رد أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل ، فإذا قبل صار ماسطراً ديناً عليه حتى تصح الكفالة به لأنه يسمى وهو حر ، بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق ، فكان ثبوته على خلاف القياس ، إذ القياس ينفي أن يستوجب المولى الدين على عبده ، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة . وقوله (وإطلاق لفظ المال ينظم أنواعه من التقد) يعني في قوله ومن أعتق عبده على مال .

(قوله لأنه مال فلا يملك المال) أقول : هذا لا يدل على المقصود إذ للمعنى أنه لا يملك نفسه بعد أداء البذل (قوله وهذا أيضاً ليس بشيء) أقول : قوله ليس بشيء ليس بشيء فإن المراد أنه لم يحصل في يده شيء من المال على ما هو الشأن في معاوضة المال بالمال ، وكونه مالا بالنسبة إلى مولاه لا ينفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً) أقول : ضمير لكونه راجع إلى العقد (قال المصنف : وبإطلاق لفظ المال ينظم أنواعه إلخ) أقول : قال تاج الشريعة : يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى . يعني يريد المصنف بقوله والميراث النوع بأن قال الخ ، لكن ينبغي هنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الحسام في شرحه حيث قال : ويلزمه الوسيط من تسمية الحيوان والنوع بذي بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والنوع الخ ، ولو أتاه بالقية أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو ملحق مالك وأحد ، ولزم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى . وأنت غير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل في كلام المصنف ، ألا ترى إلى قوله إذا كان معلوم الجنس .

وإطلاق لفظ المال ينظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشاببه النكاح والطلاق والصالح عن دم العمد ، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ، ولا نظيره جهالة الوصف لأنها يسيرة

المولى فيقتدر بقدره فلا يتعدى إلى الكفيل ، والثاني هو الرق فإنه يبنى أن يكون للمولى على مرقوقه دين ، ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهو مالا يخرج المديون عنه إلا بأداء أو إبراء ممن له ، وبذل الكتابة يسقط بدونها بأن عجز نفسه ، وكذا تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ماشاء يدا بيد لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالأثمان ، ولا خير فيه نسيئة لأن الدين بالدين حرام (قوله وإطلاق لفظ المال) أى في قوله على مال ينظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كآفة فقيز حنطة وإن لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لأن الجهالة يسيرة فتشتمل لأنه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح . ولعل المصنف كونه معاوضة بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه : يبنى الحاصل له في مقابلة المال ليس مالا لأن نفسه بالنسبة إليه ليس مالا لأنه متى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحدود والدين وإن تأخر عنه إلى الحرية ، وكذا الخلع والصالح عن دم العمد ، وفيها يفتقر ذلك كما تقدم ، ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من القرس والحمار والعبد والثوب المروى . ولو أنه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المشهور ، وهو مذهب مالك وأحمد ، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه . ولو أدى إليه العبد أو العرض فاشتق ، إن كان بغير عينه في العقد فعل العبد مثله وقد علمت أن القيمة في مثله مخلص ، وإن كان معينا بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الحارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجوع على العبد بقيمة نفسه عند أى حينة وأبى يوسف . وقال محمد : يرجع بقيمة المستحق ، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم ، وإذا كان الحكم أنه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا ، إلا أن في البيع إذا لم يميز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول . ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كره حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة فالقول للعبد مع عينه ، وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثبات الزيادة أو لأنه ثبتت حق نفسه ببيئته ، ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالأداء وهى التى تلى هذه المسئلة : أعنى قوله إن أدبت إلى ألفا فأنت حر فالقول قول المولى مع محييه لأن التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فإن العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه ، أما هنا فلا يفتق إلا بالأداء ، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى ، فإن أقام البينة فالبينة بينة العبد ، إذ لا منافاة بين البينتين لأنه يعمل كأن الأمرين كانا فأى الشرطين أتى به العبد يعتق ، ولأن البينتين للإلزام ، وفي بينة العبد معنى الإلزام ثم ، فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة وليس في بينة المولى إلزام فانها إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا ، فأعترف هاتين المسئلتين . ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع عينه لأنه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ، ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائبا .

وقوله (فشابه النكاح) يعنى إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان ديناً في الذمة هنا كما جاز ذلك في تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس) كما إذا أعقته على مائة فقيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بأن لم يقل إنها جيدة أو رديئة ربعية أو خريفية ، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة

قال (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول إن أدت إلى ألف درهم فأنت حر، ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما بين إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذونا لأنه رغب في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومواده التجارة دون التكدى فكان إذا له دلالة (وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإيجاب فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية. وقال زفر رحمه الله: لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يعين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً،

ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حر إن شئت ولم تشأ، وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى، بخلاف قوله لغيره بعثك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لأن القائل أقر بالبيع، ولا ينحقق البيع إلا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به (قوله ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول إن أدت إلى ألفاً فأنت حر، ومعنى صح قوله: أى التعليق فيستعقب مقتضاه، وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما بين في خلافة زفر، والكتابة ليست صريحاً في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعي بصفة هذا التعليق واستعاقبه آثاره من العتق عند الأداء، وذلك يقتضى أن يتمكن شرعاً من الاكتساب حيث علق عتقه بأداء المال، ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لأنه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصاً عادة المتحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدى لأنه خصة يلحق المولى عارها، لكنه لو اكتسب منه فأدى حتى لوجود الشرط (قوله وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإيجاب فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبذل الإجارة وغيرها أن ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مدّ يده أخذه، وعلى هذا فعنى نسبة الإيجاب للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض صحيحاً، أما لو كان خيراً أو مجهولاً جهالة فاحشة كما لو كان قال له إن أدت إلى كذا خيراً أو ثوباً فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولها: أى لا ينزل قابضاً إلا إن

ولو علق عتقه بأداء المال (صح) لأن هذه الصيغة: أعنى قوله إن أدت إلى ألف درهم فأنت حر صيغة التعليق فيتمتع عتقه بأداء المال كالتعليق بآثار الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بآثار الشروط. وقوله (من غير أن يصير مكاتباً) يعنى لا تثبت أحكام المكاتبين، حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من أكسابه، ولو كاتب أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها، ولو سط المال أو أبراه المولى لم يعتق، ولو كان مكاتباً لكن الحكم على عكس ما ذكر في الجبيع. وقوله (ومواده التجارة) يعنى من الترخيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدى) لأنه ينفى المراء ويحسه. وقوله (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبذل الخلع وبذل الكتابة وما أشبهها. وقوله (أنه) يعنى المولى (ينزل قابضاً بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض، وليس المراد بالإيجاب ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس، وقوله (إذ هو تعليق العتق بالشرط. لفظاً) احتراز عن الكتابة فإنها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبيد كاتبتك

ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا بمحمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب . ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ . ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه معلق عقده بالأداء إلا ليحتمل على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان باثنا فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يتمتع عليه بيمينه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى إلى الولد المولود قبل الأداء ، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للفرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول .

أخذه غفارا ، وأما عدم العتق في قوله إن أدبت إلى ألفا فصحت بها فأنت حر لا يجبر على القبول ، لأن التعليق بشئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطان معنى المعاوضة ، ولذا إن كان قال إن أدبت إلى ألفا أحج بها يجبر على القبول لأن الأداء إتمام الشرط والحج وقع مشورة . وقال زفر : لا يجبر على القبول : أى لا يزل قابضا بالتخليه بل إن أخذه كان قابضا وعتق العبد . وقوله هو القياس لأنه تصرف بين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ، ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا بمحمل الفسخ ، وإذا كان مينا فلا إيجاب على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ، ولا يجبر على أن يباشر الإنسان سببا يوجب عليه شيئا ، بخلاف الكتابة لأنه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه إذا أتى به أما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله . واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط إذا حث بما يقتضيهما كقوله إن أدبت إلى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فإنه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه ، كذا ذكره في الرواية مقتصر ونسبه إلى الخزانة ، والمسئلة في ميسوط خمس الأئمة . وذكر أن هذا هو المذكور في نسخ أبي سليمان ، وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتبا وله يمينه لأنه تعليق بشروط وهو أن يؤدى إلى المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء . ووجه رواية أبي سليمان أنه جملة منجما والتنجم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني للألفاظ واستشهد لأبي حفص بما لو قال إن أدبت إلى ألفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه في غيره لا يعتق اتفاقا ، وأجيب بأنه ليس في هذا تنجم والمسئلة محتمل التأمل (قوله ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة بالنظر إلى المقصود لأنه معلق عقده بالأداء إلا ليحتمل على دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد

على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه . وقوله (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف بين . وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان) متصل بقوله لأنه تصرف بين . وقوله (لأنه لا استحقاق) تقريره : لا جبر إلا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء . وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا . وقوله (لأنه) أى لأن عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظرا إلى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا إلى المقصود لأنه معلق عقده بالأداء إلا ليحتمل على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة) ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ . بأن يقول إن أدبت إلى ألفا فأنت طالق (حتى) لو أطلقها بهذه الصفة (كان باثنا فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يتمتع عليه بيمينه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى إلى الولد المولود قبل الأداء ، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للفرور عن العبد) فإنه ما محتمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية

المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة ، وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ، ولذا كان عوضا في الطلاق إذا قال إن أدت إلى ألفا فانت طالق حتى وقع باثنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الاعتبار إلى وقت أدائه إياه ، ويلزم اعتباره مكتابا لأن ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الإيراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البذل والمبدل للمولى لأن على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى . وقد أجيب بأن هذه مغالطة لأن العتق حصل للعبد ، وهذا يتم إن أريد بالمبدل العتق ، أما إن أريد به الإعناق الذي هو فعله فلا ، ولو حوّل تقرير الإشكال إلى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وإن أنزل مكتابا كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا ، بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الإشكال كيفما قرر . فأما ما قبل الأداء فالواجب اعتبار الشرط والالتصير السيد إذ يتمتع ببيع عليه وبصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية إلى المولود للأمة الملتقى عتقها بالأداء ، بخلاف ما لو كان عبدا لأن رقب الولد وحرية تابعة لأمة . والحاصل أنه ثبت أنه جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل " عليه ، وعلى هذا ينور الفقه ، أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه ونخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة ، إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء ، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدى زيوجا فلن له أن يرجع بقدره جبالا وما كان من

فيجبر على القبول . فلإن قيل : لا يمكن جعله معاوضة أصلا لأن البذل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك للمولى ، لأنه قبل الأداء عبد وهو ما في يده لمولاه . أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مثلا قبل الكتابة فإنه يصير أحق بذلك المال ، حتى لو أدى ذلك عتق ، كذا في النهاية وغيره منسوبا إلى ميسوط شيخ الإسلام ، وفيه نظرم من وجهين : أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من إثباته . والثاني أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ، ولعل الصواب في الجواب أن يقال : لما صححت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق ، فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة

(قوله لأن البذل والمبدل الخ) أقول : فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكيمة كما سبق ، وليس ذلك ملك المولى ، والتمس الحاجة في تتم السؤال إلى كون المبدل في ملكه بل يكفي حصوله وبنيه ومن جهة فليأتمل (قوله ملك المولى) أقول : يعني رقية وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين ، إلخ قوله : فلا بد من إثباته) أقول : يمكن في إثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عرض به لتوجه المنع إلى قوله كلاهما عند الأداء ملك المولى . وسنذكر أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الأداء بطريق الاقتضاء فينضم للنظر الثاني أيضا ، فإن مراد المصنف أنه يجوز أن تحصل الصفة مع شرطها كالإعتق فليأتمل (قوله ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صححت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها) أقول : كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف في ماله ، ويجوز اشتراك شخص ماله ماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صريح به في المراجعة والفولية وغيرها وفي التعليق ليس كذلك (قوله فلا أن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول : فيه بحث ، إذ لا كلام لأحد في صحة العتق على مال ، وإنما النزاع في الإيجاب على العتق ، ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الإيجاب ولا يفيده الأولوية بالطريق ، فالنقل إلى ما نقل من شيخ الإسلام كما لا يخفى على أول الأقدام (قوله فلا بد من إثباته) أقول : يمكن في إثباته ما ذكره المصنف .

فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض . ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق
مالم يؤد الكتل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي . ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه
وعتق واستحقاقها ، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ،

ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزله قابضاً إذا أتاه به ، وفيما قبل ذلك المتعبر جهة التعليق
فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة : الأولى ما إذا مات العبد
قبل الأداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة . الثانية لو مات المولى وفي يد العبد
كسب كان لورثة المولى وبإيعاد العبد بخلاف الكتابة . الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها
لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة . الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه
مائة وأدى تسعة لا يعتق بخلاف الكتابة . الخامسة لو أبيع المولى العبد عن ألف لم يعتق ، ولو أبيع المالك عتق
كلذا ذكروها ، والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين يكون والإبراء لا يتصور في هذه
المسئلة لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة . السادسة لو باع المولى العبد ثم أشرأه أو رد عليه بخيار عيب ففي
وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند أبي يوسف ، نعم وعند محمد لا ، ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه
لا خلاف في أنه يجب أن يقبله وبعد قابضاً . ووجه قول محمد إن وجوب القبول وإنزله قابضاً كان من حكم
الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول ، غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما
عرف في الأيمان بالطلاق ، وقول أبي يوسف عندى أوجه لأن الكتابة التي تطل بالبيع هي القائمة عنده . وأنت
علمت أن إنزله مكاتباً إنما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتباً قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام
التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعاً فبطل ، وقد فرض بقاء هذه الميكن واعتبار مصحها بعد البيع
فيجب ثبوت أحكامها ، ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمسال . السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق مالم يؤد
في ذلك المجلس ، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة ، هذا إذا كان
المذكور من أدوات الشرط لفظة إن ، فإن كان لفظة متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس . الثامنة أنه يجوز للمولى
بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدى بخلاف المكاتب . التاسعة أن السيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن
يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب . العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فإخذه بخلاف
المكاتب . الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان السيد يرجع بمثله على
ماسيد كمر ، بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يصير به أسق
من سيده فإذا أدى منه عتق (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق) لأن شرط العتق أداء الكل

وقوله (فعل هذا) أى على العمل بالشبهين (يلزم المعنى الفقهي وتخرج المسائل) المتعارضة : يعنى أن قوله
إن أدت إلى ألف درهم فأنت حر ألحق في بعض الأحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من
تمكنه من البيع وغيره ، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول ، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقاً
نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود عملنا بالشبهين : شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة

(١) (نوله وعتق) . لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الأداء للمولى كما جهاش نسخة الشيخ البحرارى .

ثم الأداء في قوله إن أدبت يقتصر على المجلس لأنه تخيير ، وفي قوله إذا أدبت لا يقتصر لأن إذا تستعمل الدت

ولم يوجد كما لوحظ عنه البعض وأدى الباقي فإنه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط ، وإنما يجبر على قبوله لأنه بعض ما يجب عليه قبوله ، فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ، ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لأن وجوب قبول الكل لأن به يتحقق شرط العتق الذي هو حق العبد ، وليس أداء البعض كذلك إلا إذا كان في ضمن الكل فإنه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف ، وما ذكره المصنف هو المذكور في الإيضاح . وذكر شيخ الإسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا ، وذكر في شرح الطحاوي أن عدم وجوب قبوله قول أبي يوسف وأنه القياس ، والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب ، والأوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لأنه قد يجبر عن أداء الكل دفعة ، وما تحمل مشقة الاكتساب إلا لذلك الغرض ، فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ، وما تقدم يعلم أن السيد لو خففه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء المشروط (قوله ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلاً ، أما العتق فلو وجود الشرط وهو أداء الألف حتى يعتق لو كانت ألفا مغبوبة ، إلا أنه لا يجب عليه قبول المغبوبة . وأما رجوع المولى بمثله فلاستحقاقه إياها ، وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها إضافة للمصدر إلى المفعول ، وهو تعليل للرجوع وهذا لأنها ملكه ، والعبد وإن قلنا إنه يملك ما اكتسبه عند الأداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق . وهذا يوجب النظر في الغرض وهو أن يعطه بأداء ألف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكاً له ، وتلك الألف ليست كذلك فيرجع بمثله دفعاً للضرر عن المولى (قوله ثم الأداء في قوله إن أدبت يقتصر على المجلس) فلو اختلف

الانتهاء ، كما في الحجة بشرط العوض فلأنها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع ، واشترط القبض في المجلس وبيع انتهائه حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ، ولو أدى البعض يجبر على القبول لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة ، فإذا ثبت الإيجاب على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة ، وهذه رواية الزيادات ، وقيل هو استحسان . وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أنه لا يجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى ، وإنما يعتق بأداء الجميع ، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس ، إلا أنه بأداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط ، كما إذا حط البعض وأدى البعض الباقي ، لأن الشرط وجود الجميع ، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله ، وإذا حط الجميع لم يعتق لانتهاء الشرط فكل ذلك هذا ، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراءه عنه سواء أبرأه من الكل أو البعض ، ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق ، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلهما فلأن الألف التي أدّاها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يثبته على الاكتساب ليؤدى من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك ، وأما أنه عتق فلو وجود شرط ألغى لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحث كما لو غصب مال إنسان وأداه (ثم الأداء في قوله إن أدبت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر عليه كما في التعليق

(قوله وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام ، إلى قوله : هو القياس) أقول : فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الأصل

بمنزلة متى (ومن قال لعبيده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غدا بألف درهم ، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون

المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ في عمل آخر ثم أدى لا يعتق ، وهذا لأنه تخيير محض . إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لأن إن الشرط فقط ، بخلاف إذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف في أى وقت أدى متى . وعن أبي يوسف إن أن بمنزلة إذا ومتى . وقد يوجه بأن إن لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الأداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالأمر المطلق عن الوقت يتخير في أى وقت شاء . ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فلما ثبت مقتضى الفعل ووقت مجلس الإيجاب حاضر متيقن فيتقيد به . ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولاً أصلاً فلما ثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد . لا يقال : بالأداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالأداء . لأننا نقول : يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر في حلقه لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه حتى لم يحنث بقدر شغله يزرعه فلا يتبدل المجلس بالأداء .

[فرع] قال إن أدت إلى ألفاً فأنها حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أدومهما جميع المال . وبجمله الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الأجزاء على الأجزاء ، وإنما الانقسام في المعاوضات ، ولذا لو أدى أحدهما جميع الكلف من عنده لم يعتق لأن الشرط أدومهما فلا يتم بأحدهما ، فإن قال المؤدى خمسمائة من عندي وخمسمائة يمت بها صاحبي لأؤديها إليك عتقا ، لأن أداء الرسول كأداء المرسِل فتم الشرط وهو أدومهما ، ولو أدى متى عنهما أجنبي لا يعتقان لأنه ليس بأدومهما ولا ينقل إليهما بخلاف الكتابة ، وللهوى أن يرجع على المولى لأنه أدى ليمتقا ولم يحصل مقصوده ، فإن قال أؤديها إليك على أنهما حران أو على أن تمتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد . أما المعلق فلأن قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الإحتاق منه لهما ، وأما حق الرجوع فلأن عوض العتق لا يجب على الأجنبي ، ولو قال هما أمتان أن أؤديها إليك فقبلها عتقا لأنه رسول عنهما (قوله ومن قال أنت حر بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غدا بألف) فإن القبول محله الغد ، وهذا لأن جواب الإيجاب في عقد المعاوضة وهو القبول إنما

يسائر الشروط . وجه الظاهر ما ذكره بقوله لأنه يخير العبد بين الأداء والامتناع عنه فكان كالتيخير بمشيئة العبد إذا قال أنت حر إن شئت . فإن قيل : قد تقدم أنه يصير مأذونا له في التجارة فكيف يكون الأداء مقتصرا على المجلس ؟ أجيب بأن الإذن يكون في صورة إذا أدت أو متى أدت ، فإن الأداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويحوز أن يقال لاتفاق بينهما لجواز أن يكون مأذونا بالتجارة ، ويقتصر الأداء على المجلس ويتجرعه ويؤدى المال قبل الافتراق بالأبدان (ومن قال لعبيده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لأن هذا الكلام إضافة لإيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت ، وكل ما هو كذلك يقتضى أن يكون القبول بعد الموت ثلاثا يقع القبول قبل الإيجاب (فصار كما إذا قال أنت حر غدا بألف درهم) لأنه إضافة لإيجاب حقيقة الحرية إلى زمان والقبول متأخر إليه ثلاثا يقع قبل الإيجاب (بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون

به أول ، ثم قوله وما ذكر مبتدأ وبغيره قوله هو القياس (قوله أجيب بأن الإذن ، إلى قوله : لا يقتصر على المجلس) أقول : الاقتصار على صورة إذا ومتى لإيلاهم ظاهر تقرير المصنف ، فإنه وضع المسألة في إن حيث قال وذلك مثل أن يقول إن أدت الخ .

القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق .

يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا ما بعد الموت ، ولو أمكنت إضافة في البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع يتأخر إلى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك ، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأنه إيجاب للتدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده ديننا صحيفا ، وإذا عتق بعد الموت لا يلزمه شيء لأنه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده ، وعلى هذا لأفائدة في تعليقه بالقبول إلا ليظهر اختيار التدبير من العبد . كما لو قال إن اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما إذا علق تدبيره بدخوله الدار . وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حر بعد موتى على ألف فينبغي أن يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال . أجب بأن مسئلة الكتاب تصرف بين من السيد لا يمكن من الرجوع ، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف إضافة لفظا ليكون بيننا فلا يشترط القبول بعده . وفي النهاية إنما افرق وقت القبول فاعتبر في الحال في أنت مدبر على ألف لأنه قابل الألف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في أنت حر بعد موتى على ألف لأنه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ، ولا ينبغي أن التدبير ليس معناه إلا الإعتاق المضاف إلى ما بعد الموت ، وذلك هو الثابت في كل من قوله أنت مدبر أو أنت حر بعد موتى بلا فرق ، بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحبوذ من محو إنسان وحيوان ناطق ، ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الإضافة التي هي التدبير ، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق . وأعلم أنه روى عن أبي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد : إذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه ، فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت أداء الألف عتق ، فعلى هذا استوت المستلثان في أن القبول بعد الموت . وروى عن أبي يوسف فيها إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده ، وإن قبل كان مدبرا وعليه الألف إذا مات السيد . وعن أبي يوسف في الإملاء ، إذا قال إن مت فأنت حر على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة ، فإذا قبل صح التدبير ، فإذا مات عتق ولا يلزمه المال لأنه لا يلزمه وقت القبول لأنه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق ، فسوى بين المستلثين في أن القبول حالة الحياة ، إلا أنه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال . وذكر السرخسي عن ابن سبابة عن محمد : لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ، ومعلوم أنه ذكر في الجامع في مسئلة أنت حر بعد موتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيها ذكرنا عنه كذلك ، وحينئذ فما قيل إنهم أجمعوا أنه لو قال أنت حر على ألف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح ، إذ يجب أن يجعل قول أبي يوسف في قوله إذا مت فأنت حر على ألف أن القبول في حالة

القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال) على ما سيجيء . فيكون القبول كذلك (إلا أنه لا يجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) إذ التدبير يوجب حق الحرية لاحقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب ديننا على عبده ، بخلاف ما لو أعتقه على مال لأنه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه . فإن قيل : لما لم يجب المال في المدبر على الألف ما لأفائدة في تعليق التدبير بالقبول ؟ أجب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وإن لم يجب المال .

قالوا : لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت مالم يعقده الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق . وهذا صحيح .

الحياة رواية في أنت حرّ بعد موتى على ألف: أن القبول في حالة الحياة بل أولى لأن هناك الإيجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف . ثم لا يفتي أن الأعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبي يوسف وعمره ، لأن الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس لإحصول المال عوضا عن العتق ، وإلا لقال إن اخترت التدبير فأنت مدبر ، وهذا لأن المولى مارضى بعقده لإبائيل ، وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه إذ المولى يستحق على عبده المال إذا كان بسبب العتق كما في المكاتب وإن لم يستحق عليه بسبب غيره ، على أن المروى عن أبي يوسف ومحمد في المسئلة إنما هو استحقاق المال بعد الموت السيد وحينئذ يكون حرّاً . فالحاصل تأخر وجوب المال إلى زمن حرّيته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده ، والله الموفق . وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق مالم يعقده الورثة ، وزاد غيره : أو الوصى أو القاضى إن امتنعوا ، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيها وتعليقا والوصى لا يملكه إلا تنجيها ، فلو قال : إن دخلت الدار فأنت حرّ فليس لا يعتق ، وإذا أعتقه الوارث فولّاه للميت لأن عتقه يقع له ، ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعقله بأن الميت ليس أهلا للإعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره . واعترض بأن الأهلية ليست بشرط إلا عند الإضافة والتعليق ، ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعناق ولذا يعتق المدبر بعد الموت ، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت . وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو في ملك غيره ، ولا يفتي أن هذا ليس دافعا للسؤال ، وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له ، وما ذكر من خروج المحل عن علميته عتقه إن أراد المحيب أنه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم الوقوع عند الشرط ، فصار الحاصل من الإيراد أنه علل بما لا أثر له . فأجاب المحيب بإبداء علة أخرى أو مانع وقال : هذا جواب هذا السؤال ، والصواب في الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للإعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ، ومبنى السؤال على فهم أنه الموت . ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا لإعتاقه لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة فصار أجنيبا عنه ، وإنما لم يرد خروجه إلى ملكهم لأنه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت وإذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق إلا يعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حرّ بعد موتى بشهر فإنه

وقوله (قالوا) يعنى المشايخ (لا يعتق في مسألة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى قوله أنت حرّ بعد موتى على ألف درهم (وإن قبل بعد الموت مالم يعقده الوارث) أو الوصى أو القاضى (لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) في ذلك الوقت . قال المصنف (وهذا) أى قولهم لأنه لا يعتق مالم يعقده الوارث (صحيح) بناء على أنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب وقد عدمت بالموت ، بخلاف التدبير فإنه إيجاب في الحال والأهلية ثابتة والموت شرط والأهلية ليست بشرط عنده ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حرّ فوجد الشرط وهو مجنون ، وقد فرق بين مسألة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق إلا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت ، وفي مثل هذا لا يعتق إلا باعتاق الوارث لا انتقال العبد إلى ملك الوارث

قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : عليه قيمة خدمته أربع سنين)

لا يعتق إلا بعقدهم وبهنا ينفع ما أورده شارح فقال : ينبغي أن يعتق حكا لكلام صلبر من الأهل في الأهل وإن كان الميت ليس أهلا للإعتاق لما قلنا: إن الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الإيجاب معتبرا بعد الموت ، فلم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يفتى أن بعد كون الكلام حين صلوره معتبرا بشرط أن يكون في ملكه عند نزول العتق ، ثم نفي الفائدة ممنوع فإن بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث ، فإن لم يفعل أعطته القاضي ، ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث كيف يقال لأفائدة له . ثم يقال إذا كان العتق لابد منه فما السبب إلى نقله إلى ماله ثم أمره بالإعتاق إن كان بسبب أنه لا سارية . فلم يبق في ساعة القبول بلا ملكهم لزوم السارية فلم يبق على ملك الميت ويحصل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ إيجابه وصحته ، ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لأن القبول لا يعتبر بعده بل يتقدم به . وما تقدم من نواذر بشر من قول أبي حنيفة ، فإذا مات المولى وقال قبلت أداء ألف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه إلى عتق الوارث ، كما استدل به ذلك الشارح أيضا مع أن في المسئلة خلافا كما يفيد قول الصلبر الشهيد حيث قال : ومن المتأخرين من قال ينبغي أن لا يعتق مالم بعقه الورثة لأن الإعتاق من الميت لا يتصور ، ثم قال : وهذا أصح فإنه يفيد بعد ثبوت الخلاف ، ثم نقول العتق موقوف إلا من الحي ، لأن العتق بقوله أنت حر المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وإن كان نزول أثره بعد موته إلا أنه يبقى عاياه لإشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهرا فيما إذا قال أنت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحالجه إلى نفاذ إيجابه واعتباره ، وطول المدة وقصرها لا أثر له ، فإن الموجب حاجته إلى ما ذكر وهي متحققة فيهما ، وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلا) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أي على العبد (قيمته عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ، وفي قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خادمة أربع سنين) أما العتق فلا لأنه جعل الخدمة وهي معلومة إذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا ففعل العتق بقبولها

قبل القبول كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر ، بخلاف المديبر لأن عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط إعتاق الوارث . فإن قيل : أنت مديبر على ألف درهم بهاء أنت حر بعد موتي على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي أن يكون الإيجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه . أجيب بأن هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع ، وفي الإيمان يعتبر للملفظ وليس في قوله أنت مديبر على ألف إضافة الحرية إلى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده ، وفي مسئلة الكتاب أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده . قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أي ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين (فقبل العبد عتق ، فلم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد وهو قول أبي حنيفة : الأول عليه قيمة خدمته أربع سنين .

أما العتق فلائنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا ففصار كما إذا أعطته على ألف درهم ، ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى ، وهي أن من باع نفس العبد منه بجمارية بعينها ثم استحققت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندها وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة . ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد .

كما في غيره من المعاضات لأنه صلح عوضا لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صححت مهرا مع أنه تعالى أمر باقتناء النكاح بالمال ، ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور ، وهو بناء على الخلاف في مسألة أخرى وهي ما إذا باع نفس العبد منه بجمارية بعينها ثم استحققت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندها ، وعند محمد بقيمة الجارية . وكذا لوردت بعبء فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فكذا عندهما ، وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب السير ، ووجه البناء ظاهر وإن ذكره في الكتاب ، ولا ينبغي أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه ، بل الخلاف فيها معا ابتدائي ، ولم يقل أحد إنه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة . قيل لأن الناس يتفاوتون في الاستخدام ، وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت ، لكن لأن الخدمة منفعة وهي لا تورث . وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البذل ، ولا يمكن التسخير إذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا ، وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالغ عليها أو صالح عن دم

أما العتق فلائنه الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لأنه الحكم في الأعراس كلها ، وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا لحصول حكم المالية بالعقد ولذا صلحت صداقا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأيضاع بالأموال حيث قال تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - (فصار كما إذا أعطته على ألف درهم ، ثم إذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى ، وهي أن من باع نفس العبد منه بجمارية بعينها ثم استحققت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندها وبقيمة الجارية عنده وهي) أي مسألة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحققت (معروفة) في طريقة الخلاف ، وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك . وجه قول محمد إن الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق ، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها . ووجه قولهما أن الخدمة بدل مال لأنها بدل نفس العبد لكن البذل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد ، لكن لا يمكن تسليمه لأن العتق لا يقبل التسخير فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك هذا في المبني . ولقائل أن يقول : هذا مناقض لما قال المصنف في أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لأن العبد لا يملك نفسه . والجواب أن الإحتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا ، وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صبح بأى مال كان كما تقدم ، ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر إلى مولاة وشابه بذلك بيع عبد بجمارية ، فإنه إذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما ذكره . وأما المبني عليه فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق ، لأن بيع العبد من نفسه إحتاق وقد عجز عن إيفاء البذل ، وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البذل . ووجه قولهما أن الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم

وكذا يموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمك على ألف درهم على أن تزوجها ففعل فأبى أن تزوجه فالتق جائر ولا شيء على الأمر) لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم على فعل لا يلزمه شيء ويقع العتق على المأمور ، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم على فعل حيث يجب الألف على الأمر ، لأن اشتراط البذل على الأجنبية في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز

عند ثم استحققت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البذل اتفاقا . وجه قولها أنها بدل ما هو مال وهو العبد وإن كان لا يملك نفسه ، كما إذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخذ مالا في مقابلة إخراجه مالا عن ملكه . نعم هنا ملاحظة أخرى وهي اعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق ، وهذا الاعتبار لا يثبت الأمر الثابت في نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض ، فصار كما إذا باع عبدا بجماعة ثم استحققت إنما يرجع بقيمة العبد ، بخلاف ما قيس عليه لأنه مبادلة مال بما ليس بمال ، ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع . ولو شهدوا بالإعتاق ورجعوا ضمنوا ، ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد ، وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس ، وعلى هذا لو أعتق ذى عبده حل خر أو غنزيير يعتق بالقبول ، فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه ، وعند محمد قيمة الخمر ، هذا في المعاوضة . أما لو كان قال إن خدمتني أربع سنين أو سنة مثلا فخدمه بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويبيع إن كان الميت المولى ، وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم ، وكذا لو قال إن خدمتني وأولادى فأت بهم بعضهم قبل استيفاء المدة يتعلم العتق (قوله ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجها) وفي بعض النسخ زيادة لفظ على قبل على أن تزوجها وليس في عامة النسخ ، وهي أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضا ، فإذا عتق فلما أن تزوجه أو لا ولا يلزمها تزوجه لأنها ملكت نفسها بالعتق ، فإن لم تزوجه لا يجب على الأمر شيء أصلا لأن حاصل كلامه أمره المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها ، فلما لم تزوجه بطلت عنه حصصة المهر منها ، وأما حصصة العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بطل العتق على الأجنبية ، بخلاف الخلع لأن الأجنبية فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه ، بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكيمة وهي ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ، ولا يجب العوض إلا على من حصل له العوض ، وإن تزوجه قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب قيمتها سقط منه ، وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفا وقيمتها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه ، وإن تفاوتوا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستائة وستة وستون وثلاثون ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث ، وقوله وقد قررناه من قبل : يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال لأن اشتراط بطل العتق على الأجنبية صحيح ، لكنه

قيمتها ، كما إذا تبايعا عبدا بجماعة ثم مات العبد فتفاضلوا على الجارية يلزمه قيمة العبد . وقوله (وكذا يموت المولى) يعني أن موت المولى في هذه الصورة يموت العبد فصار نظير المبتلة فيكون الحكم فيها سواء . وقوله (ومن قال لآخر أعتق أمك على ألف درهم على) لم يذكر في بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على الوجوب

وقد قررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم والمثلة بمالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمة آذاه الأمر ، وما أصاب المهر بطل عنه) لأنه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف ، وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبيع نكاحا فانقسم عليهما ، ووجبت حصه ماسلم له وهو الرقية وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع ، فلو زوجت نفسها منه لم يذكره . وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهى للمولى في الوجه الثانى ، وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين .

لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الأجنبية غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم) على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والمثلة بمالها ففعل : أى أعتق قسمت الألف على قيمتها ، ومهر مثلها على ما بيناه ، فما أصاب قيمتها آذاه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه : يعنى إن لم تكن زوجت نفسها منه ، وإن زوجت نفسها وجب لها عليه ، وإنما وجب للمأمور حصه قيمته هنا لأنه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الأصول والفروع ، لكنه ضم إلى رقبته تزويجها وقابل المجموع بعرض ألف فانقسمت عليهما بالحصه ، وكان هذا

وذكر في بعضها للتأكيد والمثلة ظاهرة . وقوله (وقد قررناه من قبل) يعنى في المخلع في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة ، والفرق أن الأجنبية في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق ، إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لاغير . فكما جاز الزام المرأة بالمال فكذلك الأجنبية ، بخلاف العتاق فإنه يثبت للبعد بالإعتاق قوة حكيمة لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك ، وليس الأجنبية كالعبد حيث لا يثبت به له شيء أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز . وقوله (ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم والمثلة بمالها) أى قال على أن تزوجنيها ففعل فابت أن تزوجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمة آذاه الأمر ، وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (على ما عرف) يعنى في أصول الفقه وفيه شبهتان إحداهما أن هذا البيع فاسد لأنه بيع بما يخصها من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ، ولأنه إدخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيده الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق إذ لا عتق فيها لا يملكه ابن آدم ، والثانية أن البيع إذا كان فاسدا ويجب فيه العوض تحجب قيمة المبيع كاملة ، والقول بما يخصه من الثمن إنما هو موجب البيع الصحيح ، كما إذا جمع بين عبد ومدير وبين عبده وعبد غيره فإن البيع صحيح في العبد بمحضته من الثمن كما سياتى . وأجاب الإمام خمس الأئمة السرخسى عن الأولى بأن الأمة تنفع بهذا الإعتاق ، فمن هذا الوجه نصير قابضة نفسها أدنى قبض ، وأدنى القبض يكتفى في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيها يحتمل القسمة ، والإمام فخر الإسلام عن الثانية بأن البيع مندرج في الإعتاق ، فأخذ حكم الإعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن . وقوله (فلو زوجت نفسها منه) يعنى في المستثنين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير ، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهو ما إذا لم يقل فيه عنى لعدم صحة الضمان وهى للمولى في الوجه الذى قال فيه عنى ، وما أصاب مهر مثلها كان مهرا للأمة في الوجهين .

(قوله وقوله وقد قررناه من قبل (اليع) أقول : وقد سبق في فصل من ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير راجعة فراجع إلى الشرح ، ولعل الأول أن يعمل إشارة إلى ما ذكره في المخلع وإلى ما ذكره في ذلك الفصل ، فإنه بين صحة تحمل الأجنبية بدل الطلاق في المخرج وعدم صحة تحمله بدل العتاق في الفصل فقابل (قوله نصير قابضة نفسها (اليع) أقول : فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وإن ضعف .

(باب التدبير)

كن جمع بين عبده ومدبره في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما ، فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنًا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ، ومنافع البضع وإن لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لأنها متقومة حال الدخول وإيراد العقد عليها . فإن قيل : إذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع المائس بمال إلى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لأنه إدخال صفقة في صفقة ، وإذا فسد وجب ، إما عدم وقوع العتق لأنه من جهة الأمر وهو لم يقبضها ، والمبيع في البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك ، وإما وجوب كل القيمة للمأمور إن اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى ، وإن ضعف فيمكن في به لأن القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها أحجب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمننا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به . ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات . وقول المصنف لم يذكره : يعنى عمدا في الجامع الصغير ، وقوله في الوجه الأول : يعنى الذى لم يذكر فيه لفظ عتق . والوجه الثانى هو ما ذكر فيه ، وقوله في الوجهين يعنى ما ذكر فيه عتق وما لم يذكر إذا زوجت نفسها ، وقد بيناه من قبل .

(باب التدبير)

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ، ووجه الترتيب ظاهر ، وهذا أحسن مما قيل فيه إنه مقيد والمقيد مركب ، وهو بعد المفرد لأن مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك لأنها تقيد للعتق بشرط غير الموت ، كما أن التدبير تقيد به بشرط الموت ولم يخرها إلى ههنا ، ثم التدبير لغة النظر في عواقب الأمور . وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى . وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتهاء حقيقة الملك عنه فإنه مالك بدا . ولا معنى في التحقيق لقولم مالك يدا ، بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل إذ لاشك في أنه مالك شرعا لكنه معرض أن يزول بتعجزه نفسه ، وغاية الأمر أن بعض آثار الملك منتفٍ وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كذلك الأمة الجوسية والثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي أو المجنون . وفي الميسر : فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتقائهما ، ولو قال العبد أو المكاتب إذا اعتقت فكل مملوك أما كره فعتق فملك مملوكا عتق لأنه مخاطب له قول معتبر ، وقد أضيف العتق إلى ما بعد حقيقة

(باب التدبير)

ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت غريب الإعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة . والتدبير في اللغة : هو النظر إلى عاقبة الأمر . وفي الشريعة هو إيجاب العتق الحاصل بعد موت الإنسان بألفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله إذا مت فانت حر أو أنت حر مع موتى أو فى موتى ، وكقوله أوصيت لك بنفسك

(باب التدبير)

(إذا قال المولى لمملوكه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا) لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر

المالك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له . بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه إلى خمسين سنة فهو حر فتعق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة ، وقالا : يعتق . وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك أما الوكيل فلا . في الميسوط : لو قال لصبي أو مجنون دبر عبدى إن شئت فدبره بجاز ، وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق . وإذا قد انجز الكلام إلى الوكالة فهذا فرع منه . قال لرجلين دبرا عبدى فدبره أحدهما بجاز ، ولو جعل أمره في التدبير لإيهما بأن قال جعلت أمره إليكما في تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لأنه ملكهما هذا التصرف فلا يفرد به أحدهما : بخلاف الأول لأنه جعلهما معبرين عنه ، وبعبارة الواحد وبعبارة المثنى سواء ، ألا ترى أن له أن يهبهما قبل أن يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الأمر لإيهما ، كذا في الميسوط قوله إذا قال المولى لمملوكه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير ، فإنه أى التدبير إثبات العتق عن دبر . وهذه تنيد ذلك بالوضع فأفاد أن كذا أفاد إثباته عن دبر كذلك فهو صريح . وهو ثلاثة أقسام : الأول ما يكون بلفظ إضافة كعبص ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى . والثاني ما يكون بلفظ التعليق كإن مت أو إذا مت أو متى مت أو حدث في حدث أو حادث فأنت حر وتعرف الحدث والحادث في الموت . وكذا أنت حر مع موتى أو في موتى فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفى تستعار في معنى حرف الشرط ، وروى هشام عن محمد إذا قال أنت مدبر بعد موتى يصير مدبرا في الحال لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وأنت حر بعد موتى سواء . وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتى . والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك بربقتك أو بنفسك أو بعتك ، وكذا إذا قال أوصيت لك بثلث مالى فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته . وفي الكافي : أنت حر أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبرا ، والمراد باليوم الوقت لأنه قرن به مالا يمتد ، ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا بل حواز أن يموت ليلا . يعنى فيجوز بيعه ، فإن لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر ، وإنما كانت صرائح لأنها استعملت في الشرع ، كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في أم الولد - فهي معتقة عن دبر منه - ذكره في الميسوط . ثم توارثت بلا شبهة في هذا المعنى . ولو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فليس بمدبر مطلق لأنه لم يتعلق بتمتة بموته مطلقا ، فإن مات المولى قبل فلان لم يعتق لأن الشرط لم ينجز فصار ميراثا للورثة وكان لم أن يبيعه ، وإن مات فلان أولا يصير مدبرا مطلقا فليس له أن يبيعه خلافا لفرغ لأنه كما لو قال إذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا أو بعد موتى فإذا كلم فلانا صار مدبرا . ولو قال بعد موتى إن شئت ينوى فيه ، فإن نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا ، وإن نوى المشيئة بعد الموت فإذا مات أو بربقتك أو بعتك أو بثلث مالى . وحكم التدبير أنه لا يجوز إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة ،

(ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية) كما في الكتابة .

المولى فشاء العبد عند موته فهو حرّ بوجود الشرط لا باعتبار التدبير . وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول : الضحيح أنه لا يعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصى بمثل ما تقدم في الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس المولى صار ميراثاً فلا يعتق بعده إلا باعتراف منهم ويكون هذا وصية يحتاج إلى تنفيذها ، كما لو قال أعقوه بعد موتى إن شاء وهو نظير ما لو قال أنت حرّ بعد موتى بشهر فإنه لا يعتق إلا بإعتاق منهم بعد الشهر ، نص عليه ابن سبابة في نوادره وكذا بيوم . وفي الإيسيجاني : إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصى فلو ارث أن يعتقه تنجزاً أو تعليقاً ، والوصى لا يملكه إلا تنجزاً ، ولو أعطه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة ، والذي ينبغي أن يفصل في التعليق فإن علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه ، بل إن شاء رفع إلى القاضي لينجز عتقه ، ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة في العبد في مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهلما مشيئته في حياته بمجلس التفويض إليه إذا كان بهلما اللفظ . وعن أبي يوسف : لا يتوقف به لأنه في معنى الوصية ولا يشترط في الوصية القبول في المجلس . وفي الأصل : لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لأنه ماعلقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده ، فإن مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة ، وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازي ، ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الأولى فقال : إذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقه ، وأما في مسألة المشيئة فإنها تتصل بمشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق بإعتاق المولى ، ولا تدعو حاجة إلى إعتاق الوارث ، وهذا إن تم أشكل على ما تقدم في مسألة أنت حرّ بعد موتى بالث ، فإن زمن القبول كزمن المشيئة ، فإنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته . لا يقال : ينبغي أن يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقياً على حكم ملك الميت لحاجته إلى نفاذ إيجابه وثبوت اعتباره شرعاً ، وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وإن كان كذلك لكنه متوقع . وعلى تقدير وجوده يلزم إخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الأول أمهل من رفعه ، ثم إداخله في ملك شخص ثم إخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته . ثم لاشك أن هذه المسئلة أقرب لأن العتق هنا يقع مجاناً فوجب عتقه من جهة المولى . لأننا نقول : لو صح ذلك لزم في أنت حرّ بعد موتى بيوم عدم توقفه ، بل أولى لأن مجيء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهي من مواضع النص على أنه لا يعتق إلا بإعتاقهم (قوله ثم لا يجوز بيعه) أي المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال ، وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز ، فيجوز استخدامه وإجاراته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرض جنايتها ، وعمله المصنف فيما يأتي بقوله لأن الملك فيه ثابت ، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات ، وإنما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المهرن بطريق البيع ، ولا مالية للمدبر كأم الولد ، وليس على المولى في جنايات المدبر للأقامة واحدة لأنه مانع إلا رقية واحدة ، وأما ما أسهللكه فدين في رقبته يسمى فيه ، وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة

وقال الشافعي : يجوز لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المتقيد ولأن التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث » ولأنه سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ،

الأرض ، وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المالك لأنه مملوك بعد التدبير . واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما إذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى وله ممالك واشترى ممالك ثم مات فلهزم يمتقون فكان عتقهم مطلقا بمطلق موت السيد . ثم إنه لو باع الدين اشتراهم صبح ، ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت . أجيب بأن الوصية بالنسبة إلى المعلوم تعتبر يوم الموت ، وبالنسبة إلى الموجود عند الإيجاب ، حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لأنها تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته . ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصى كان الكل للثلاث لأن الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معلومين عند الإيجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعي : يجوز بيعه وهبته) للمقبول والمعنى . أما المنقول فاف في الصحيحين من حديث جابر « أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه إليه » . وفي لفظ « أعتق رجل من الأنصار غلاما له عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال : اقتض دينك وأنفق على عيالك » ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة . وروى أبو حنيفة بسنده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر » وفي موطأ مالك بسنده إلى عائشة أنها مرضت فطلول مرضها فذهب بنو أخيها إلى رجل فذكروا له مرضها فقال : إنكم تخبروني عن امرأة مطبوبة ، قال : فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فذهبوا ثم سألها ماذا أردت ؟ قالت : أردت أن تموتى حتى أعتق ، قالت : فإن لله على أن تباعى من أشد العرب ملكة ، فباعها وأمرت بثمنها فجعل في مثلها » ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين . والجواب أنه لا شك أن الحركان يباع في ابتداء الإسلام على ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه . ثم نسخ ذلك بقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - ذكره في التامسوخ والمنسوخ ، فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد التسخين ، وإنما يفيد استصحاب ما كان ثابتا من

فإذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق ثلثه وسعى في ثلثه (وقال الشافعي : يجوز بيعه وهبته لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات) من دخول الدار وعبيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدبر المتقيد) فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولأن التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمتنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى بربقته لإنهوان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث » ورواه نافع عن ابن عمر (ولأنه) أى التدبير (سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم إما أن يكون سببا في الحال أو بعد الموت لأجائز أن يكون بعد الموت لأنه حال بطلان الأهلية فلا يمكن تأخير السببية إليه ، ولأنه في الحال موجود وبعد الموت معلوم لكون كلامه عرضا لا يثبت فتعين أن يكون سببا في الحال : واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض

(قال المصنف : وكما في المدبر المتقيد) أقول : سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطرا تخمينيا (قوله ثم إما أن يكون الخ) أقول : غير ترتيب بل مصنف تقدم الموضع وأمر المصنف .

ثم جعله سببا في الحال أولى لوجوده في الحال وعلمه بعد الموت ، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية ، بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود ، وأنه يضاد وقوع الطلاق والعناق ،

جواز بيعه قبل التدبير ، إذا لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ، ثم رأينا أنه صبح عن ابن عمر رضي الله عنهما لا يبيع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال ، وقد رفعه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه . وأخرج الدارقطني أيضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال : المدبر من الثلث ، وضعف ابن ظبيان . والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه ، فعلى تقدير الرفع لإشكال ، وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لأنه واقعة حال لا عموم لها ، وإنما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يبيع المدبر . فإن قلنا بوجود تقليده فظاهر . وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لأن منع

لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال : وفي المدبر ينقذ السبب بعد الموت . وأقول قوله (ثم جعله سببا في الحال أولى) يدل على أن جماعه سببا في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمعتن . فيحمل ما ذكره هناك على غير الأولى فينبذ التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى . فإن قيل : في التدبير تعليق ، وليس في التعليق شيء من السبب ثابتا في الحال ، وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات ؟ أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط . واعلم أن في كلام المصنف غموضا لا يكتشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منها ، فنقول : المانع هو ما ينتق به الشيء مع قيام مقتضيه ، وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم ، وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي أن تكون سائر التعليقات أسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق ميمنا قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم ، فإن المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط ، وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق ، وإليه أشار بقوله ولأنه يضاد وقوع الطلاق والعناق ، وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق ميمنا تمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعناق . فإن قلت : قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل إن لم تدخل الدار فأنت طالق . وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال : والمنع هو المقصود وأنه يقتضي الحصر عند اللغاة ؟ قلت : لا يقصد باليمين إلا منع الشرط ، والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل . فإن قلت : التدبير يمين أو ليس بيمين ، فإن كان ميمنا وجب أن لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم . وإن لم يكن ميمنا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات إذ السائر بمعنى الباقي .

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول : أنت خير بأن المصنف ماساق إليه الدليل لادلالة اللفظ ، والدليل يدل على التعين فيجب حل الأولوية على الراجح ، ألا يرى أنه لو قلنا فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية ، ولعله إنما قال أولى ولم يقل يجب تلافى ينقض الدليل الأول سائر التعليقات فليعلم ، فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراض بعد تمام ما قررناه في الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه مالا يخفى (قوله إذ السائر بمعنى الباقي) أقول : ذلك أن تقول في باب حق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهري .

وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا ، ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال كالورثة وإبطال السبب لا يجوز ، وفي البيع وما يضاهيه ذلك . قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن

بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فنه مع علم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصلح لممارسة حديث جابر . وأيضا ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي أعطاه مولاة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضى دينه الحديث . فقال أبو جعفر : شهدت الحديث عن جابر « إنما أذن في بيع خدمته » رواه الدارقطني . عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن

قلت : ليس يمين لتعلق عتقه بأمر كائن ، واستقامة إطلاق سائر التعلقات بطريق المشاكلة إن لم يكن الممين أخص من التعليق . ويرد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق بأمر كائن وليس بسبب في الحال . والجواب أنه إضافة لتعليق . وقوله (وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط) لقيام الأهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعالقات . ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية إلى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ . وأما سائر التعلقات فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا . واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم . والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون . وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط . وقوله (ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال) فرق آخر بينهما . وتقريره : التدبير المطلق وصية ، والوصية سبب الخلافة في الحال لأن الموصى يعمل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالورثة فلذا سبب خلافة في الحال . واعترض بأنه لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لا يجوز وإن كان الجرح قبلها أو بعدها ، ولما لا يجوز بيع الموصى له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الأمر كذلك . والجواب عنها جميعا أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لأنها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك . ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا إنما يصح في موصى به يقبل القسح والبطلان والتدبير لكونه إعتاقا لا يقبل ذلك . وقوله (وإبطال السبب لا يجوز) تنمة الدليل متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما بينهما لإثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين ، هكذا التدبير سبب الحرية ، وسبب الحرية لا يجوز لإبطاله ، وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصلقة والإمهار ذلك أي إبطال سبب الحرية فلا يجوز . قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لا يثبت الحرية في الحال وإنما هو محل التنازع .

(قوله والجواب أنه إضافة لتعليق) أقول : وكذا أنت حر مع موق أو فوق أو إذا مت . وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان في حكم الملق به فأخذ حكمه فإن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية . بقى الكلام في أنه لم لا يكون هذا الكلام سببا حال وجوده ومع أنه أول حل يادل عليه الدليل الأول (قوله فرق آخر بين التدبير والبيع) أقول : صرح في كتب الأصول في مواضع من جعلنا فصل مفهوم الخاتمة من التلويح بأن الإضافات أسباب في الحال فينتقض الدليل بها (قوله والجواب عنها جميعا أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت غير بأن عامة الرصايع على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه إعتاقا لا يقبل ذلك) أقول : فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع ، فإن التدبير ليس إعتاقا في الحال ، وكونه إعتاقا في المال مسلم لكن هل يمنع به البيع أولا هو محل التنازع .

كانت أمة وطنها وله أن يزوجهما) لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات

أبي جعفر . وقال : أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل . وقال ابن القطان : هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان الزبري وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى . فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق علمه وإن كان متشيعا ، فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام بن علي زين العابدين بأنه شهد حديث جابر ، وأنه إنما أذن في بيع منافعهم ، ولا يمكن لثقة إمام ذلك إلا لعلمه بذلك من جابر راوى الحديث . وقال ابن العز : قول من قال يحمل الحديث على المذهب المقيّد ، أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل ، لأنه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله ، والنص مطلق فيجب العمل به إلا لمعارضته نص آخر يمنع من العمل بإطلاقه ، وأنت إذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ ، وأن قوله في الحديث باع مديرا ليس إلا حكاية الراوى فعلا جزئيا لا عموم لها ، وأن قوله أعتق عن دير أو دير أهم من المطلق ، والمقيّد إذ يصلق على الذى دير مقيدا أنه أعتق عن دير منه ، وأن ما عن ابن عمر موقوف صحيح ، وحديث أبي جعفر مرسل تابعي ثقة ، وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف عامت قطعاً أن المرسل خجة ، ووجه بل سائلة عن المعارض وكذا قول ابن عمر إن لم يصح رفعه بعضده ، ولا يعارضه المروى عن عائشة رضى الله عنها لجواز كون تدبيرها كان مقيدا ، ولأنه أيضا واقعة حال لا عموم لها ، فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضى الله عنهما محل النزاع البتة ، فكيف وقد وجب حله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تعامله أو غلطه . وأما المعنى الذى أبطل به الشافعى منع بيعه ، فما ذكر في الكتاب من قوله لأنه تعليق العتق بالشرط ، وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت ، وكذا إن اعتبر جهة كونه وصية ، فإن الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز ، فظهر أنه على اعتبار شبهى التعليق والوصية لا يمتنع بيعه ، وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا : أى إعمال الشبهين يلور الفقهاء . وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولأنه سبب الحرية لأنها تثبت بعد الموت ، ولا ثبوت إلا بسبب ولا سبب غيره : أى غير قوله أنت حر المعلق في إذا مت أو المضاف في بعد موتى ، فلما أن يجعل سببا في الحال أو بعد الموت ، وجعله سببا في الحال أولى لأنه حال وجوده ، بخلاف ما بعد الموت فإنه معلوم إنما له ثبوت حكيم ، فإضافة السببية إليه حال وجوده أولى ، فهذا وجه أولوية السببية في الحال . ووجه آخر يوجب عدم إمكان غيره وهو قوله ولأن ما بعد الموت الخ : يعنى لا بد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الأهلية لهما والموت يعطلها ، بخلاف الجنون لأن المجنون أهل لثبوت ملكه كما إذا مات مورثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كالموت أثلث شيئا فإنه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ، ولو ارتد أبواه ولحقا بدار الحرب بانت أمراته ، فلذا لم تشترط الأهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لأن ذلك شرط لا ابتداء التصرف لا ليجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك ، بخلاف الموت فإنه سالب لأهلية الأمرين ، فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزم من سببته في الحال وإلا انتقض لكنها لم تنتف شرعا ، ولأن سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا في الحال لأنها إيمان واليمين في مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل ، فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو

يثبت إستحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ، ولهذا لو قال كل مملوك لى فهو حر دخل فيه المدير ، وإذا كان كذلك فلمولى أن يستخذه ويؤجره ، وإن كانت أمة وطنها وله أن يزوجهما لأن ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

(فإذا مات المولى عتق المديبر من ثلث ماله) لما روينا ، ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث ، حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه ، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مديبر) وعلى

المقصد فيها لأنها تعقد للبر وأنه يضاد وقوعهما ، ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو التدبير ، فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس يمين وهو التدبير باقظ التعليق ، ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وأمكن في التدبير إذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال ، وإذا انعقدت سببية العتق في الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل القسوخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما إذا قال إذا جاء غدا فأنت حر فإنه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لامنعه فلم يكن يميناً فانتفى مانع السببية في الحال فيعتقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو متنفذ ، وهذا الإشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائناً لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فإنما يستقيم إذا كان التعليق بمجىء الغد بعد وجود أشرطة الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما ، أما قبل ذلك فليس بصحيح . والجواب بأن الكلام في الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالإيراد ، على أن كون التعليق يمثل مجىء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح . وأجيب أيضاً بما هو حاصل الوجه الثاني وهو أن التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كالورثة . ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية ، وهذا وارد على عبارته إلا بعناية ، وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة : أى الوصية المذكورة وهى الوصية برفقته خلافة كالورثة حتى تمت من لحوق الرجوع عنها . ويفرق بين قوله إذا مت فأنت حر وأنت حر بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى ، فإن الأول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف أعتقوه . وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لأن حاصله أن الوصية بالعتق إذا كانت تدبيراً كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه ، وإن كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه ، وهذا عين المتنازع فيه فإن التحصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الأخرى سواء ، ولا غطص إلا أن تبدى خصوصية في تلك العبارة تقتضى ذلك ، وليس هنا إلا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحاً بالموت أو أضيف ، وكون ذلك في الشرع يقتضى ما ذكرتم من الزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع ، فالحق أن الاستدلال إنما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر لما قدمناه ، ثم المذكور بيان حكمة الشرع للملك (قوله فإذا مات المولى عتق المديبر من ثلث ماله) لما روينا أول الباب ، ولأن التدبير وصية ونفاذاً من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه للورثة ، ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق ربة المديبر يسعى في كل قيمته . لأن الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ، ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته (قوله وولد المدبرة مديبر) فيحقق بموت سيد أمه

(فإذا مات المولى عتق المديبر من ثلث ماله لما روينا) يعنى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام « وهو حر من الثلث » (ولأن التدبير وصية لكونه تبرعاً مضافاً إلى ما بعلم الموت) ولا نعى بالوصية إلا ذلك ، والحكم يعنى العتق غير ثابت في الحال لأنه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفاً ، وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلث رقبته ، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته . وقوله (وولد المدبرة مديبر) هذه هى النسخة

ذلك نقل إجماع الصحابة رضى الله عنهم .

والمراد ولد المدبرة المطلق ، أما ولد المدبرة تدبيراً مقيد فلا يكون مدبراً ، هذا هو الصحيح من النسخ ، وفي بعضها : ولد المدبر مدبر . وليس بصحيح لأن الولد يتبع أمه لا أباه ، فإن زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حراً ، أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حراً . جديداً مدبراً أولاً ، ثم المراد الولد الذى كانت حاملاً به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير ، أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبراً بتدبيرها ، أما الذى كان حاملاً قبل الإجماع كما لو أعتقها وهى حامل ، وأما الذى حملت به بعده فى قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد ، وللشافعى فيه قولان : قال المصنف : وعلى هذا إجماع الصحابة : يعنى الإجماع السكونى . فإنه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ، ولا يخفى أن سران التدبير إلى الولد على خلاف القياس بالإجماع فلا يقبل فيه إشكال مما ذكر من طرف الشافعى . ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال ولدت قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لأنها تدعى حق العتق لولدها ، ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فولدها كذلك واليمنة بينتها لإثباتها زيادة حق العتق . واعلم أنه إذا حافت المولى يخلف على العلم لأنه تخليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ، ذكره فى المبسوط فى باب الشهادة فى التدبير . واعلم أنه إذا دبر الحمل وحده فإنه جائز كعتقه وحده . فإن ولدت لأقل من ستة أشهر كان مدبراً وإلا لا ، ولو كانت بين الاثنين فظهر أحدهما حملها وولدت لأقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ، ولو دبر أحدهما ما فى بطنها بأن قال ما فى بطنك حراً بعد موتى وقال الآخر أنت حرة بعد موتى فولدت لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول فالولد مدبر بينهما لأنه كان موجوداً حين دبر الأول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه ، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من الأول ولأقل منها من تدبير الأم فالولد كله مدبراً للذى دبر الأم لأن ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للأم باعتبار أنه كالجوهر ، وفى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبراً للذى دبر الأم ، وأما الأم فنصفها مدبر للذى دبرها وللآخر انخيار بين أن يضمته نصف قيمتها إن كان موسراً وبين أن يستسعى فتعتق الأم بضمها والولد المدبر بلا ضمان ، لأن الضمان إنما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده فى الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ، ألا يرى أنها لو زادت قيمتها فى مدة لم يكن للشريك إلا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذلك فى الزيادة المنفصلة ، ولأنها صارت فى حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعى والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها ، وإذا دبر ما فى بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمجها . وذكر فى كتاب الهبة من الأصل : إذا أعتق ما فى بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة ، بخلاف ما لو باعها . وقيل فى المسئلة روايتان ، والأصح هو الفرق بين التدبير والعتق بأنه إذا دبر ما فى البطن لو وهب الأم لا يجوز عتقه ، ولو أعتقه جاز هبها لأن بالتدبير لا يزول ملكه عما

الصحيحة ، ووقع فى بعض النسخ وولد المدبر مدبر ، وليس بصحيح لأن ولد المدبر إما أن يكون من أمة أو غيرها فالأول رقيق لولدها ، والثانى يقع الأم فى التدبير والكتابة وغيرهما دون الأب . وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وخصوصاً إلى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة قضى بأن ما ولدت قبل التدبير عبد يباع ، وما ولدت بعد التدبير فهو مثلها لا يباع ، وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف

(وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضى هذا أو سفى هذا أو من مرضى كذا فليس بمدبر ويجوز بيحه) لأن السبب لم يتعقد في الحال لتردد في تلك الصفة ، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعالى علقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة (فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها علق كما يعتق المدبر) . منه من الثالث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلذلك يعتبر من الثالث .

في البطن ، فلو وهب الأم فالله هو بمتصل بما ليس بموهور من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيها يحتمل القسمة ، وأما بعد علقه بغير مملوك فلم يتصل بالموهور بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب ومساها . ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر بيوم فهما مدبران لأنهما تويمان وثيقنا بوجود أحدهما حال التدبير في البطن ، ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز ، وإن وضعت بعد هذا لأقل من ستة أشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة أيضا تبعاً للأم ، فإذا أدت عتقا جميعا ، وإن مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير . وإن ماتت الأم قبل المولى فعلى الولد أن يسمى فيها على الأم لأنه دخل في الكتابة . فإن مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو بأداء الكتابة فيخار الأنفع له ، وإن كان خرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لأن مقصوده حصل . ولو قال لأمتي ولذلك الذي في بطني ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وإن علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول إن مت من مرضى هذا أو سفى هذا أو مرضى كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيحه لأن السببية لم تتعقد في الحال لتردد في تلك الصفة هل تقع أولا ، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعالى علقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة . ثم إن مات المولى على الصفة التي ذكرها علق كما يعتق المدبر يعني من الثالث لأنه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فإذا ذلك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيحه بل لا يمكن . فأما ما قبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيحه ، وإن برئ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذي علق به قد انعدم . واستشكل بما إذا قال أنت حر قبل موتى بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مفيد حتى جاز للمولى بيحه . أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد ، وأنه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذلك هنا . ولو قال إذا مت أو قتلت فأنت حر على قول

وقوله (فإن علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضى أو سفى أو مرضى كذا فليس بمدبر . ويجوز بيحه لأن السبب لم يتعقد في الحال لتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض . بخلاف المدبر المطلق لأنه تعالى علقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة . وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليقين . وقد عرفت أن صفة كونه مينا يمنع عن السببية ، وأما إذا كان أمرا كائنا لامحالة لم يكن في معنى اليقين فكان سببا . فإن قيل : إذا لم يتعقد السبب في الحال ففي أى وقت يتعقد إذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب . وإن انعقد قبله كيف يجوز بيحه ؟ فالجواب أنه موقوف ، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها علق كما يعتق المدبر من الثالث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حيثئذ ، وإن عاش بطل التدبير

ومن المقيّد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكاثر لاهالة .

زفر هو مدبر لأن عققه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان . وعلى قول أبي يوسف ليس مدبرا لأنه علقه بأحد الشيتين من الموت والقتل ، والقتل وإن كان موتا فالمتى ليس بقتل ، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه . وقول زفر أحسن لأن التعليق في المعنى بمطلق موته لأنه لا تردد في كون الكاثر أحد الأمرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيما كان . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال إذا متّ وغسلت فأنت حرّ لا يكون مدبرا لأنه علقه بالموت وشيء آخر بعده ، ثم إذا مات ففي القياس لا يعتق وإن غسل ما لم يعقوه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله إن متّ ودخلت الدار فأنت حرّ . وفي الاستحسان يعتق لأنه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة ، فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه ، كذا في الميسوط (قوله ومن المقيّد) أي ومن التدبير المقيّد (أن يقول إن متّ إلى سنة أو إلى عشر سنين) فأنت حرّ ، فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا ، وإن مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق ، ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لأن الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لأنه تنجيز عققه فيصير حرا بعد السنة والعشر فتكون للإسقاط ومنه أنت حرّ قبل موقى بشر أو يوم فإنه مدبر مقيّد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق . قلنا : لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كاثر لاهالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبي حنيفة يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان مصيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب لأنه كالكاثر لاهالة) فيكون تدبرا مطلقا فلا يجوز بيعه ، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة . وقال قاضيخان : على قول أصحابنا مدبر مقيّد ، وكذا ذكره في البنايع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج عن التعيين ، وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش إليه غالبا تأييد معنى ، وهو كاخلاف في النكاح المؤقت لو سمي مدة لا يعيشان إليها غالبا صحح النكاح عند الحسن لأنه تأييد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح ، والمصنف كالناقض فإنه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأييدا موجبا للتدبير .

[فروع] كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن

(ومن المقيّد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعني قوله لا تردد في تلك الصفات (بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ، ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكاثر لاهالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المتن ، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازل : لو أن رجلا قال لعبدك أنت حرّ إن متّ إلى مائتي سنة ، قال أبو يوسف : هذا مدبر مقيّد ، وله أن يبيعه . وقال الحسن : هو مدبر لا يجوز بيعه لأنه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة فصار كأنه قال إن متّ فأنت حرّ ، ثم لو مات قبل السنة في الأول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ، ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيّد ، والله أعلم .

(١) (قول الكاثر لأنه تنجيز عتق) لأنه أي الكلام يكون النهاية عليه تنجيز عتقه بعد الموت مطلقا ، كذا هامش نسخة الشيخ البحر اوى .

أداء المال بالعق الحاصل عن التدبير ، فإن لم يكن له مال غيره فإنه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : سقط ثلث بدل الكتابة أيضا اعتبارا للجزء بالكل ، وقياسا على ما لو كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواء فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير ، فكذا إذا سبق التدبير للكتابة . ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يراد عليه عقد الكتابة ، لأنه لو أدى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ، ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالأداء ، ولأن استحقاق المدبر لثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاء . ولو كاتب أم ولده صبح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه . ولهما طريقان : أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته ، وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك ، فهو كما لو طلق زوجته لثنتين ثم طلقها ثلاثا بألف كانت الألف كلها بإزاء الطلقة الثالثة . ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة ، فأما قبل الموت الكتابة صحيحة لأن الاستحقاق بالتدبير غير مقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله ، وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه ، بخلاف ما لو كاتبه أولا لأن بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فإنه لم يكن مستحقا لشيء من رقبته عند الكتابة ، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة . والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهي عين ، والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر ، كما لو أوصى بعبد لإنسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصى ، وفي إسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع ، بخلاف ما لو كاتبه أولا ثم دبره لأن حقه عند التدبير أحد الشيتين ، إما بدل الكتابة إن أدى ، أو مال رقبته إن عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة . إذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبي حنيفة فيها إذا دبره ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى إن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بمجهة عقد الكتابة ، وإن شاء سعى في ثلث قيمته بالتدبير لأن عنده العتق لا يتجزأ وقد تلقاه جهتنا حرة فيختار أيهما شاء . وعند أبي يوسف يسعى في الأقل منهما بغير خيار لأن العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه إلا أقل المالين ، وعند محمد : يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لأن ثلثها سقط عنه ولا يتخير لأنه عتق كله كما ذكر أبو يوسف . ولو كاتبه ثم دبره ، فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة ، وعندهما يسعى في أقلهما عينا . ولو كاتب مدبرته فولدت ثم مات يسعى الولد فيأصلها لأنه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لأنه جزء منها ، فإن كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشيء لأنه ما أدى عنه شيئا إنما أدى عن الأم ، فإن بدل الكتابة عليها ، وإن كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الأم . ومثله لو كاتب عبيدين مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لأنه قائم مقام أبيه ، وإنما يسعى لتحصيل العتق لأبيه ولنفسه ، ولا يحصل العتق لأبيه إلا بأداء جميع بدل الكتابة ، فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة .

(باب الاستيلاء)

(وإذا ولدت الأمة من مولاهما فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تملكها) لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ،

(باب الاستيلاء)

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العقد وتعلقه بالموت وصل بينهما ، ولما كان التدبير أنسب بما فيه من حيث أن الحق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاء قدمه عليه . والاستيلاء مصدر استولد : أى طلب الولد ، وهو عام أريد به خصوص ، وهو طلب ولد أمة : أى استلحاقه : أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة في الأم ، وأصله استولد ، ومثله يجب قلب واوه ياء كيعد وميزان ومقات فصار استيلاء ، وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب . وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهى الأمة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله وإذا ولدت الأمة من مولاهما فقد صارت أم ولد له) يعنى إذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ، فى العبارة قصور ، وذلك لأنه لا يريد أنها إذا ولدت منه صارت أم ولد بالتمهيم القوي بل بالاصطلاح الفقهي ، ولذا رتب عليه الأحكام المذكورة حيث قال : لا يجوز بيعها ولا تملكها ولا هبتها ، بل إذا مات ولم ينجز عتقها تمت بموته من جميع المال ولا تسمى لغريم ولو

(باب الاستيلاء)

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاء عقبيه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية لاحقيقتها . والاستيلاء : طلب الولد ، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة (إذا ولدت الأمة من مولاهما فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تملكها لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها (وأعتقها ولدها) أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع (لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «أما رجل ولدت أمة منه فهى معتقة عن دبر منه» فعلمنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثانى . ولا يقال محلية البيع معلومة فيها يقيين فلا ترتفع إلا يقيين مثله وخبر الواحد لا يوجب . لأننا نقول : الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير ، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها .

(باب الاستيلاء)

(قوله الاستيلاء طلب الولد) أقول : يعنى طلب الولد مطلقا وغير مطلق ولد أمة (قوله فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة) أقول : ولا فأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ، ثم قوله كالصغيرة يعنى كاستيلاء الصغيرة في الذنوب (قوله وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها) أقول : التفسير في قوله فرفعتها راجع إلى قوله محلية في قوله لا يقال محلية البيع الخ .

كان السيد مديونا مستغرقا ، وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ، إلا من لا يعتد به كثير
 المريسى وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها ، واحتجوا بحديث جابر قال : « بعنا أمهات الأولاد على عهد
 رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ، فلما كان عمر نهانا عنه فأنهيناه رواه أبو داود وقال الحاكم على شرط
 مسلم . وأخرج النسائي عن زيد العمى إلى أبي سعيد الخدري : « كنا نبيعهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم »
 صححه الحاكم وأعله العقيلي يزيد العمى ، وقال النسائي : زيد العمى ليس بالقوى ، ونقل هذا المذهب عن الصديق
 وعلى وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضى الله عنهم ، لكن عن ابن مسعود بسند صحيح
 وابن عباس : تمتع من نصيب ولدها ، ذكره ابن قدامة ، فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الأولى
 عنهما . واستدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن إسحاق عن خطاب بن صالح عن
 أنه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان ، وذكر البيهقي أنه أحسن شيء مروى عن رسول الله صلى
 الله عليه وسلم في هذا قالت : « قدم بي عمى في الجاهلية فباعني من الحجاب بن عمرو أمي أبي اليسر بن عمرو فولدت
 له عبد الرحمن بن الحجاب ثم هلك ، فقالت امرأته : الآن والله تباعين في دينه ، فأثبت رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فقالت : يا رسول الله إلى امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمى ألمدينة في الجاهلية فباعني من الحجاب
 ابن عمرو أمي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فأت فقالت لي امرأته الآن والله تباعين في دينه ، فقال
 عليه الصلاة والسلام : من ولي الحجاب ؟ قيل أخوه . أبو اليسر كعب بن عمرو ، فبعث إليه فقال : أعفوها ، فإذا
 معتم برقيق قدم على قاتوني أعفوكم ، قالت : فأعفوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم
 منى غلاما ، ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تمتع بمجرد موته ، بل على أنه سألهم أن يعفوها وي عوضهم لما
 استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام ، بل يفيد أنها لا تمتع وإلا لبين الحكم الشرعى في ذلك من أنها حقت ولم
 يأمرهم بمقتضاها بعض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم . نعم يحتمل أن يراد بأعفوها خلوا سبيلها كما فسره
 البيهقي ، وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام ، لكن هذا احتمال غير الظاهر
 والعبرة للظاهر فلا يصار إلى هذا إلا بدليل من خارج يوجهه ويصحه ، فن ذلك ما ذكره المصنف عنه صلى الله عليه
 وسلم أنه قال : يعنى في مارية القبطية رضى الله عنها « أعفوها ولدها » وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس .
 قال : « ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أعفوها ولدها » وطريقه معلول بأبي بكر بن
 عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس ، وبسند ابن ماجه رواه ابن عدى
 في الكامل لكن أعلىه يابن أبي سبرة فقط ، فإنه يرى أن حسين بن يحيى يكذب حديثه . وأخرج ابن ماجه أيضا عن
 شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته » ورواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح الإسناد ، وهذا توثيق
 لحسين بن عبد الله . ورواه أبو يعلى الموصلى في مسنده : حدثنا زهير ، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس ، حدثنا
 أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه صلى الله عليه وسلم قال : « أيما أمة ولدت من سيدها فلها

حرّة إذا مات إلا أن يمتنعها قبل موته ، ورواه أحمد عن ابن عباس صلى الله عليه وسلم : « أيما رجل ولدت منه أمته فهي محقة عن دبره » والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الأصحاب إنه مشهور تلقته الأمة بالقبول ، وإذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضرب وقوعه راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه : وقد روى بإسناد جيد ، قال قاسم بن أصبغ في كتابه : حدثنا محمد بن وضاح ، حدثنا مصعب بن سعد أبو خيثمة المصيصي : حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقي عن عبد الكريم الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس قال « لما ولدت مارية القبطية إبراهيم قال صلى الله عليه وسلم : « أعتقها ولدها » ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ، ومجايدل على صحة حديثه وأعتقها ولدها » ما قال الخطاطي ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال « إذا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة » فلو كانت مارية مالا يبعث وصار ثمنها صدقة . وعنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن التفريق بين الأولاد والأمهات » وفي يمينين تفريق . وإذا ثبت قوله « أعتقها الخ » وهو متأخر إلى الموت إجماعا وجب تأويله على مجاز الأول ، فثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تملكها . وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد فقال : لا يمين ولا يوهن ولا يورث ، يستمتع بها سيدها مادام حيا ، فإذا مات فهي حرة » ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار ، وأما ابن عدى بعبد الله بن جعفر بن نعيم المديني وأسند تضعيفه عن السنائي وغيره ، ولينه هو قال : يكتب حديثه ، ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري : حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه ، وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا ، قال ابن القطان : هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسمل ٢ وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر . واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد ، وهو ثقة وهو الذي رفعه . وقال عنه يحيى بن إسحاق وفليح بن سليمان عن عمر : لم يتجاوزوه ، وكلهم ثقات ، وهذا كله عند الدارقطني ، وعندى أن الذي أسنده خير ممن وقفه . وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال : « أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فإذا مات فهي حرّة » وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا . وأخرج الدارقطني من حديث عبد الرحمن الإفريقي عن سعيد بن المسيب « أن عمر أعتق أمهات الأولاد وقال : أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم » والإفريقي وإن كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ، ولا شك في ثبوت وقعه على عمر . وذكر محمد في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلاث وقال لا يمين في دين » وعدم مخالفة أحمد لعمر حين أفتى به وأمر فانهقد إجماع الصحابة على عدم بيعهن ، فهذا يوجب أحد الأمرين : إما أن ما كان من بيع أمهات الأولاد في زمته صلى الله عليه وسلم لم يكن يعلمه

(١) (سند) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها : أسند بالث ، والحرور له مصححه .

(٢) (القسمل) هكذا في بعض النسخ ، وظله في غلاة أسماء الرجال مضبوطا بفتح القاف والميم بينهما مهلة ساكنة ، وما وقع في بعض النسخ من السلي تحريف فليحار ، كنه مصححه .

ولأن الجزية قد حصلت بين الواطي والموطوعة بواسطة الولد فإن الماعين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة ، إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزية حكما لا حقيقة فصعب السب فأوجب حكما مؤجلا إلى ما بعد الموت ،

وإن كان مثل قول الراوى : كنا نفعل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرضخ لكن ظاهرا لا قطعاً ، فإذا قام دليل في خصوص منه على علمه وجب اعتباره . وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر النسخ لأبي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسلمة وأهل الردة ومائتي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر : كنا نخبر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج ه أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخابرة فتركناها ، وأياما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن . هذا إذا قصرنا النظر على الموقوف ، فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك . وما يدل على ثبوت ذلك الإجماع ما أسنده عبد الرزاق : أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال : سمعت علياً يقول : اجتمع رأي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبيعن ، ثم رأيت بعد ذلك أن يبين فقلت له : فربك ورأي عمر في الجماعة أحب إلى من رأيك وحدك في الفرقة فضحك علي . واعلم أن رجوع علي رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراطاً انقراض المهر في تقرر الإجماع والمرجع خلافه . وسئل داود عن بيع أم الولد فقال : يجوز لأننا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك . إذ الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره . وكان أبو سعيد البردعي حاضراً فعارضه فقال : قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما سجلت بولد سيدها ، والأصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يبيح ويقول : الزوال كان مانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى إلى أن يثبت الزيل (قوله ولأن الجزية قد حصلت بين الواطي والموطوعة بواسطة الولد ، فإن الماعين) الذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزع ومما بحيث لا يميز ، وهذه الجزية وإن زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكماً ولم تنقطع لأن تلك الجزية أوجبت نسبتها إليه بواسطة الولد وبالاتصال تقرر ذلك حتى قيل : أم ولده فقد بقي أثرها شرعاً ، وإليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال : اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال : أبعد ما اختلطت لحومكم بأحومهن ودماؤكم بدماثهن ؟ إلا أن السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكماً مؤجلاً إلى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أنه مقتضاة أن المرأة الحرة

(ولأن الجزية قد حصلت بين الواطي والموطوعة بواسطة الولد فإن الماعين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة) وهي تمنع بيعها وهبتها لأن بيع جزء الحر وهبته حرام . فإن قيل : لو كانت هذه الجزية معتبرة لتتجزأ العتق لأن الجزية توجه ولستم بقاتلين به : أجاب بقوله (إلا أن بعد الانفصال) يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال ، وبعد الانفصال (تبقى الجزية حكماً لا حقيقة فصعب السب فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت) فتعاضد المتقول بالمعقول في إثبات الحكم المؤجل إلى ما بعد الموت وهو العتق فيخرج بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها . فإن قيل : لو كانت الجزية باقية حكماً لعتق من ملكته امرأته التي

(قوله ولأن الجزية) أقول : عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله) إلا أن بعد الانفصال : يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال) أقول : إذا أصرق الولد بالحل من قبل الانفصال لم يراخه بإقراره ، وحتى متى كاد المصنف غير مذكوره الفارح

وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال . فكذا الحرية تثبت في حقهم لأني حقهم ، نحي إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها ، وبشئ عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته ، وكذا إذا كان بعضها مملوكا له لأن الاستيلاء لا يتجزأ فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله .

لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له أنه يعتق بموتها لأن النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الأم والأب قسط منها . أجاب المصنف بقوله إن بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال إنما هو باعتبار النسب لأنه لم يبق بعد الانفصال سواه ، والنسب إلى الرجال : أي إلى الآباء لا إلى الأمهات (فكذا الجزئية) التي تبقى على النسب بالخاء الممثلة لا بالجيم تثبت للنساء في حق الرجال لأن النسب إليهم ففرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولد له تعتق بموته دون العكس إذ ليس النسب إليهن ، فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الأمومة بدونه ، فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولد له فلا تعتق بموته . وأورد عليه ما ذكره في دعوى الأصل : أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبت الأمومة بلا ثبوت نسب . أجب بأنه قد ثبت النسب في الجملة ، فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب . والحق أن ثبوت الأمومة في نفس الأمر لا يكون إلا تابعا لثبوت النسب ، وأما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والإقرار به وإن لم يثبت لما يسبغ فيهما إذا ادعى ولدا أم ولده المزوجة (قوله وبشئ عتق الخ) يعني قد ثبت بما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ، ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمنع بيعها وإخراجها إلا إلى الحرية . ولقال أن يقول : ثبوت العتق المؤجل إلى أجل معلوم ثابت في قوله إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمنع البيع فله أن يبيعه قبله ، ولم يلزم من ثبوت العتق إلى أجل معلوم الوقوع بثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الأجل . فالحق أن استحقاقها في الحال للعق عند الموت ليس لإجركم النص ، حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التي أشار إليها عمر رضي الله عنه (قوله وكذا إذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره) بأن كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصبر أم ولد له ، فهذان حكمان دفع التشبيه في أحدهما وهو أمة الولد لأنه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله (لأن الاستيلاء لا يتجزأ) أي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القصة فتصير كلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له ، بخلاف ما إذا وقع فيها

ولدت منه بعد موتها وليس كذلك . أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب ، والأصل في ثبات النسب هو الأب لأن الولد يلسب إليه والأم أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت في حقهم لأني حقهم) . وقوله (وكذا إذا كان بعضها مملوكا له) يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاء لا يتجزأ لأنه فرع ما لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله . فلان قيل : فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاء متجزئ عنده حتى لو استولده تصيبه من مديرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه ؟

قال (وله وطؤها واستخدمها وإجارتها وتزويجها) لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة

لا يقبل النقل كالمدبرة فإنه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم في باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاء لا يتجزأ : أي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغیر المستولد إلا لضرورة لأنه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ . وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعد فلذا لما قال المصنف إنه يتجزأ في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره إلا فيها إذا استولد نصيبه من مدبرة ، وأما تعليل ثبوت النسب فلأنما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاء (قوله وله وطؤها واستخدمها وإجارتها وتزويجها لأن الملك قائم فيها) وهو مطلق هذه الأمور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك إجارتها كبيعها وهو بعيد ، وابتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو متنفذ في الإجارة وملك كسبها وله اعتاقها وكتابتها . وأورد : ينبغي أن لا يملك تزويجها لأن توهم شغل رحمها بماء المولى قائم ، وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة ، غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لأم الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي أن لا يصح قبله . وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فإنها قد تحقق خروجه عن عملية نكاح الغير فلا تعود إلا بموجب وجهه الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله . ولقائل أن يقول : إذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالمدة ووجب أن لا يزوجه إلا بعد استبرائها ، والمذهب جوازه قبل الاستبراء وإنما هو بعده أفضل . واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال : وإن زوج أم ولد وهى حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش مولاهما حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة ، فلو صح النكاح حصل الجمع بين

إجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ يملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكلل الاستيلاء على مايجبى بعد هذا في هذا الباب لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاء وقع في القنة وهى قابلة للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكره هناك من تجزئ الاستيلاء فلأنما فرض المسئلة في المدبرة وهى غير قابلة للنقل فكان الاستيلاء مقتصرا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاء ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة ، وذلك لأنهما جعلوا الاستيلاء مقيسا عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه . ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنه في ذلك الباب ، ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين ، كذا في النهاية . قال (وله وطؤها واستخدمها وإجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاء يوجب حق الحرية لاحقيتها ، فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل أن يستبرئها . فإن قيل : شغل الرحم بماءه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة . أجيب بأن عملية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا ترتفع به ، بخلاف النكاح فإن المنكوحة خرجت عن عملية نكاح الغير فلا تعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة .

(قوله أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ ، أي قوله : فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والحال) أقول : فيه بحث ، بل المراد لا يستقر على التجزئ كما يعلم مما مر وسيجي .

(ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به) وقال الشافعي : يثبت نسبه منه وإن لم يدَّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلا ن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه

الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى يتقن ولدها بالنق من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل ، فأقأ أن المانع من صحة النكاح ليس إلا الجمع بين الفراشين لاثوم الشغل ، وهذا حق لما عرف من مسئلة : ما إذا رأى امرأة تزني فزوجه حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن أحوال الشغل ثابت ، لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب بجاز النكاح والوطء لاقتضاء الجمع بين الفراشين ، ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لاقتضاء الفرش ، غير أنه لا يحمل وظوفا إذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها ، وحيث لا فلبواب الحق منع كون أحوال الشغل بالماء مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وإن كان يستحب أو يجب الاستبراء ، إنما المانع لجمع بين الفراشين القويين ، وفراش أم الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا مالم يتصل به الحمل ، بخلاف المعتدة فإنها فراش حال العدة ، ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوجهما جمع بين الفراشين .

[فرع] إذا باع خادمة أم ولده منها حققت كما إذا باع رقية العبد منه ، رواه ابن مبيعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . وعن ابن مبيعة عن أبي يوسف : لا تمتق ، بخلاف بيع رقبتهما منها حيث تمتق (قوله ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الأمة لا أم الولد ، وهذا رجوع إلى المذكور أول الباب في قوله إذا ولدت الأمة من مولاهما فلا يثبت نسبه إلا أن يعترف به وإن اعترف بوطئها ، وهو قول الثوري والبصري والشيبي ، ومروى عن عمر وزيد ابن ثابت مع العزل . وقال الشافعي ومالك وأحمد : يثبت إذا أقر بوطئها وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بمحضة ، وهو ضعيف ، فأنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وإن استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء ، وهم يفتصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والأمر بالاستبراء اعتبارا للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ، ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ، ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية (قوله لأنه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور في أن النسب يثبت بما تأتي به الأمة بمجرد وطئها ، وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحه به بعد العقد وإن لم يعلم الوطء لوجوده بعد المضي إلى الولد فثبوت به بعد وطء البالغ وأنه أكثر إفضاء إلى وجود الولد أولى . وإنما قيدنا بالبالغ لأن الزوج الصبي لا يثبت به نسب وإن كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقويمها عند أبي حنيفة وتقصانه عندهما فكان

وقوله (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الأمة رجوع إلى ما ابتداء به أول الباب بقوله : إذا ولدت الأمة من مولاهما لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يحىء في قوله فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير إقرار ، وحكم المدبرة كحكم الأمة في أنه لا يثبت النسب منها بكون دعوة المولى . وقوله (إلا أن يعترف به) أي بالولد والإعتراف بالوطء غير ملازم (وقال الشافعي : يثبت نسبه منه وإن لم يدَّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد) أي بالنكاح الذي هو مفض إلى الوطء (فلا ن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أي عن طلب الولد وهو سقوط التقويم عنه وتقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة

فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك الجين من غير وطء ، بخلاف القدر لأن الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة إلى الدعوة

الظاهر عدم قصدہ فكان الظاهر العزل . وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء ، وما قيل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عنده . قلنا : ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الأهل من العلم . واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يعني في ابن وليدة زمة ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أنه ابنه انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمة : هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبها بينا بعته فقال : هو لك يا عبد بن زمة الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجج منه ياسودة ، فلم تره سودة قط . رواه الجماعة إلا الترمذي . وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم إنما قضى به لعبد ابن زمة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه . ولذا قال هو لك ولم يقل هو أخوك ، وقال : احتجج منه ياسودة ، ولو كان أخا لما بالشرح لم يجب احتجائها منه ، فهذا دفع بانتفاء لازم الأخوة شرعا والأول باللفظ نفسه . ويدفع الأول بأن في رواية أخرى « هو أخوك يا عبد » وأما الأمر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعته . ويدفع الأول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية « هو لك » وهي أرجح لأنها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة ، والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعا منه ولا لوجب الآن وجوبا مستمرا أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لأبيه منه هو متفق شرعا . وإذن قوله للفراش الولد يتنفي به نسبه عن سعد بأنه ابن أخيه وعن عبد بأنه أخوه . يعني أن الولد للفراش ولا فراش الواحد من عتبة وزمة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراثك من أبيك . واعلم أنه روى عند الإمام أحمد « أما الميراث فله ، وأما أنت فاحتججني منه فإنه ليس لك باخ » فتصرحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا لعبد بن زمة ، وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك . وقوله « أما الميراث فله » يفيد أنه أخوها ، فلما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه ، أو يجمع بأن الميراث للأخوة الشرعية والمنى الأخوة الحقيقية وهو أن يخلق من ماء رجل واحد ، وأن الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يرتب على الأخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه ، إلا أن هذا يتعلل بالوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب مالم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ، ثم يجعل هذا إذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصة بأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن حجاب من منع . وقد قال تعالى لمن - لسن كأحد من النساء - وعلى هذا يجب حمل الوليدة على أنها كانت ولدت لزمة قبل ذلك ويكون قوله « الولد للفراش » يعني أم الولد ، وحينئذ قوله هو لك : أي مقضى به لك ، ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الأخرى . وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ما بال رجال يطئون ولادهم ثم يعزلونهم ، لا تأنيق وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا ألحققت به ولدها ، فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا . رواه الشافعي فمعارض بما روى

أولاد الإمام عندهم (فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك الجين من غير وطء فإنه لا يثبت النسب فيه بشير الدعوة) بخلاف القدر لأن الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة إلى الدعوة (لا يقال : النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك : لئنا نقول : لو كان ذلك مداره لكثير من الزاني وليس كذلك ، ولئنا ننظر إلى الموضوعات الأصلية والقدر موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطء الأمة ليس بموضوع لها فيحتاج إليها

(فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصودا منها فصارث فراشا كالمقودة (إلا أنه إذا نفاه ينفى بقوله) لأن فراشا ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة حيث لا ينفى الولد بنفيه إلا بالاعان لتأكيد الفرائض حتى لا يملك إبطاله بالتزويج ،

عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجمعت بولد أسود فشق عليه ، فقال : ممن هو ؟ فقالت : من راضى الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ولم يلزمه . وأسند الطحاوى عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتى جارية فحملت فقال : ليس منى إلى أيتها إيتانا لا أريد به الولد . وعن زيد بن ثابت أنه كان يطل جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها . وعنه أنه قال لها : ممن حملت ؟ فقالت منك ، فقال : كلبت ما وصل إليك ما يكون منه الحمل ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها . والمرى عن عمر من قوله أنه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بغضهم إنكار من يجب عليه استلحاقه ، وذلك أنا بينا أن الواطئ إذا لم يعزل وحصلها وجب عليه الاعتراف به : فقد يكون علم من الناس إنكار أولاد الإمام مطلقا فقال لم إلى ملحق بكم لإيها مطلقا ، وأما من علم منه الاعتدال في الأمر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفى من يجب عليه نفيه أو يجوز فإنه لا يتعرض له (قوله فإن جاءت بعد ذلك) أى بعد أن اعترف بولدها الأول (بولد ثبت نسبه بغير إقرار) لأنه بالاعتراف بالولد الأول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارث فراشا ، وبهذا تبين أن الأولى في تعريف الفرائض كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما في أم الولد ، فإنه إذا اعترف به ظهر قصده إلى ذلك أو وضعها شرعا كالمنكوحة وإن لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتى به فإنها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتى به وهو الذى عرفوا به الفرائض وظهور أن ليس الفرض ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان : قوى وهو فراش المنكوحة ، وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وإن ثبت نسبه بلا دعوة ينفى نسبه بمجرد نفيه ، بخلاف المنكوحة لا ينفى نسب ولدها إلا بالعان ، وقد صرح المصنف فيا تقدم فقال لأن الأمة ليست بفراش لمولاه ، وذلك لعدم صدق حد الفرائض عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتى به أو كونها يقصد بوطئها الولد إلى آخر ما قاناه ، ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة ، وعلى هذا يبنى أنه لو اعترف فقال كنت أطلأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أثبت به وإن لم يقل هو ولدى لأن ثبوت بقوله هو ولدى بناء على أن وطأه حينئذ يقصد الولد . وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس : ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصلها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة إلى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء ، وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك . وفي الميسر : إنما يملك نفيه : أى نبي ولد أم الولد إذا لم يقض القاضى به أو لم يتناول الزمان ، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله ، والتناول دليل إقراره لأنه يوجد منه فيها دليل لإقراره من قبله الهينة ونحوه فيكون

(فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير إقرار إذا كان قد اعترف بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصودا منها فصارث فراشا كالمقودة إلا أنه إذا نفاه ينفى بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضى به أو لم يتناول المدة ، فأما بعد قضاء القاضى فقد ألزم به على وجه لا يملك إبطاله . وكذلك بعد تناول لأنه يوجد منه دليل للإقرار في هذه المدة من قبول الهينة ونحوه ، وذلك كالتصريح بالإقرار ، واختلافهم في مدة تناول قد سبق في اللعان . وقوله (لأن فراشا ضعيف) . اضح .

وهذا الذي ذكرناه حكم . فأما الديانة ، فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لأن الظاهر أن الولد منه ، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر ، هكذا روى عن

كالتصريح بإقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان . هذا وإنما ثبت نسب ما أتى به في حال حل وطئها له بعد الولد ، أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بأن وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة . فإنه لا يثبت نسبه منه إلا باستلحاقه . ولا يعني أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو تمامها ، ففي الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن الطوق كان قبل عروض الحرمة . ولو اعتقها ثبت نسب ولدها منه إلى سنتين من يوم الإعتاق ، وكذا إذا مات لأنها معتدة ، ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحقق بفراش المنكوحه في العدة ، بخلاف ما لو عرضت الحرمة بمحض أو نفاس أو صوم أو إحرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لأن الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لباختيارها المنقضى عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني من عدم لزومه الولد وإن اعترف بالطوطه ما لم يدعه (حكم) أي في القضاء : يعني لا يقضي عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة ، فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمراد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ربيّة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع ، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه ، والعمل بالظاهر واجب ، وإن كان عزل عنها حصنها أولا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتحجر بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه (لأن هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين ، وبهذا ظهر أن لفظة أو في قوله وإن عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيبها على المراد . وصرح في المبسوط بذلك حيث قال : فأما إذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اهـ . ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر ، وأما ظهور كونه من غيره إذا أفضى إليها ولم يعزل عنها على نظر ، بل أورد أن المصنف علل وجوب الفصل بالتقاء الختانين من غير إزالا بأنه سبب الإزالا ونفسه يتغيب عن بصره ، وقد يعني عليه لقلته في مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الطوطه وإن لم يعزل ولا تناقض . ولا يعني أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتي به الأمة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا إزالا ، بل إنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل ، وهذا فرع الإزالا . وحديثه فالدكتور في الفصل بيان حكمة النص فإنه قد نص على إيجاب الفصل بمجرد الإيلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق ، بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن

قوله (وهذا الذي ذكرناه) أي عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضي (فأما الديانة) يعني فيما بينه وبين الله تعالى ، فالاعتراف به والدعوى إن وطئها وحصنها ولم يعزل عنها ، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ربيّة الزنا . وقوله (لأن هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين .

(قوله وقوله لأن هذا الظاهر) أقول : المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين ، وأما ما ذكره الخارج ففيه ما لا يعني .

أبي حنيفة رحمه الله، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله ذكرناهما في كفاية المنهى (فلان زوجها فجاعت بولد فهو في حكم أمه) لأن حق الحرية يسرى إلى الولد كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنفة وقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفرائض له وإن كان النكاح فاسدا إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام ، ولو ادعاه المولى لأثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره ؛

لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكاً (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد) ذكرهما في الميسوط فقال : وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملها لأمرها على الصلاح مالم يبين خلافه ، وهذا كملذهب الشافعي والجمهور لأن مظاهر سببه يكون عللا به عليه حتى يبين خلافه . وعن محمد لا ينبغي أن يدعى ولدها إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق الولد . وفي الإيضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال : قال أبو يوسف : أحب أن يدعيه ، وقال محمد : أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب ، وعبرة الميسوط بتفديد الوجوب (قوله فلان زوجها المولى فجاعت بولد) يعنى من الزوج (فهو في حكم أمه) حتى لا يجوز تليد بيعة ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لأحد ، وأنه

وقوله (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس بصحيح . وقوله (عن أبي يوسف وعن محمد) قبل فائدة تكرار « عن » دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فإنه ليس كذلك ، وإنما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر ، فأما رواية أبي يوسف فهي أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل ، حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملها لأمرها على الصلاح مالم يبين خلافه ، وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه ، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاج من الجاهلين ، وذلك في أن لا يدعى النسب ، ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لا حتمال أن يكون منه . وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعى ، وإن لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراض بالشك (فلان زوجها فجاعت بولد فهو في حكم أمه) لأن الأوضاع والقارة في الأمهات تسرى إلى الأولاد والنسب يثبت من الزوج لأن الفرائض له بالنكاح وإن كان النكاح فاسدا بعدما اتصل به النكاح لأن الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام ، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والصبة ، وإذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان أقوى من فرائض أم الولد . وقوله (ولو ادعاه المولى) معناه إذا زوج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره ، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره ، وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له ، هكذا نقل عن فوائد حميد الدين الضرير . فلان قيل : ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لأن أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد ، فإذا لم يثبت الأصل منه كيف يثبت الفرع ؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاء كاف لثبوته ، وإن كان ذلك الإقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة لإقرار المولى في عماله وهو الملك ، وهذا لا حتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بملوك سبق النكاح أو يشبهه بعد النكاح ، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب بقيق

ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يعين في دين ولا يبعن من الثالث » .

استخدامه وإيجاره ، إلا أنه إذا كان جارية لا يستمتع بها لأنه وطني أمها . وهذه إجماعية وهي واردة على إطلاقه حيث قال هو في حكم أمه ، وهذا لأن الصفات القارة في الأمهات تسرى إلى الولد لأنه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ، ولهذا كان ولد القننة قننا ، وولد الحرة حرا وإن كان أبوه بخلافه ، ولو ادعاه لأبنته نسبته منه لأنه ثابت النسب من الزوج لأن فراشه أقوى ، وإن كان النكاح قائما فإنه يلحق بالصحيح في حق الأحكام ، وهذا إذا اتصل به الدخول ، والنسب لا يتجزأ أثبتوا فلا يثبت من المولى ، والأوجه الاقتصاد على قوة الفرائض فلا يثبت معه المرحوم ، وإلا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر ، وقول المصنف لأن الفرائض له يقتضي أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا ، وهذا إذا جاءت به لسة أشهر من النكاح ، فإن جاءت به لأقل فهو ابن السيد والنكاح فاسد ، ويستحب بل يجب أن لا يزوجه حتى يستبرئها بحضة احتياطاً ، ولو لم يفعل صحح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وإن لم يثبت نسبته منه لإقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فإن ابنه من أمته يعلق حراً كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبته به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزمه . ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولد له لأن الكلام في تزويج أم الولد ، وإنما يستحسن لو كان في تزويج الأمة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط : زوج أمته من عبده فولدت فأدعاه لأبنته نسبته منه ، ولكن نصير أم ولد له تمتع بموته لأنه أقر لها بحق الحرية ، وقد تكلف له أن قوله وولد القننة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكانت قال ولد القننة قن ونسبه يثبت من الزوج إذا تزوجه مولاه ، وحينئذ يستقيم إلا أنه خلاف الظاهر ، لأنه إنما ذكر لبيان سرية وصف الأم إلى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلة (قوله ويعتق الولد) أي ولدت أم الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لأنه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تحقق بموته لأنه أقر لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حراً من الأصل . فإن قيل : فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنيّة عليه ؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاء كاف لثبوت الاستيلاء وإن كان في ضمن ما لم يثبت ، وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم بخوازه بوطء قبل النكاح ، إلا أنه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فيعتبر في الأم لحاجتها إلى الأمومية الموصلة إلى الحق (قوله وإذا مات المولى عتقت) يعني أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يعين في دين ولا يبعن من الثالث ») وفي نسخة مكان لا يعين « لا يسعين » ، وهو الموافق لتعليقه ولا

معتبراً في حق الأم لاحتياجها إلى أن تصير أم ولد . قال (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أو لا رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يعين في دين ولا يبعن من الثالث » ومعنى قوله أمر حكم لا الأمر المصطلح لأنهم يعتقن بعد الموت كما تقدم وإنما نكر الذين نقياً لاسعياً للفرع والورثة ولا يجعل من الثالث تأكيداً لأنه فهم ذلك من قوله وأن لا يعين

(قوله وإنما نكر الذين نقياً لاسعياً الخ) أقول : فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الذين ما ذكره . نعم لو كان التصير لا يسعين لم تذكره (قوله ولا يبعن من الثالث الخ) أقول : منوع ، فإن المذهب لا يباح في دين ويجعل من الثالث .

ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين ، بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الخواص (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا . ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالعصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالتقصاص ، بخلاف المدبر لأنه مال متقوم

سعاية الخ بقوله (لما روينا) أي لأنه صلى الله عليه وسلم نفي السعاية عنها حيث قال «وأن لا يسعين» وما قيل «وأن لا يبعين» يدل على عدم وجوب السعاية لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ، ثم لم يعرف هذا الحديث ، والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال : وفي الباب أحاديث ، وساق كثيرا ما قدمنا مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ، ولا يحق أن كلها في غير المقصود ، فإن المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك ، فإن عتقها لا يستلزم كونها من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله ، وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب إلا أن جماعة تكلموا في عبد الملك (قوله ولأن الحاجة إلى الولد أصلية) كحاجته إلى الأكل : أي وحاجته إلى أمه مساوية لحاجته إلى الولد ولهذا جاز استيلاؤه جارية ابنه بغير إذنه لحاجته إلى وجود نسله كاجازله أكل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسمى للغرماء وعلى الإرث فلا تسمى للورثة فيما زاد على الثلث إذا لم يخرج منه فصار إعتاقها كالدين والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الخواص) لامن الأصلية ، إذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم حتى المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث ، فإن لم يسه سعى في باقي قيمته ، ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ماسلف (قوله ولأنها) أي أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالعصب عنده) يعني إذا مات عند الغاصب حلف أنها ، بخلاف المدبر إذا مات عند الغاصب فإنه يضمن ، وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسمى هي في شيء أيضا ، وعندها تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر ، وإنما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بأن ذهب بها إلى طريق فيها سباع فأتلفتها ، وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لأنه ضمان دم وإذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بها حق الغرماء كالتقصاص) يعني إذا مات من له التقصاص

في دين ، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه ، وكل ما كان من الخواص الأصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الخواص) وقوله (ولا سعاية عليها) أي على أم الولد (في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة إلى الولد أصلية الخ ، وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب . ووجه ذلك أنه لما قال «ولا يبعين» دل على انتفاء المالية ، وإذا علمت ماليتها لم يبق عليها سعاية . وقوله (ولأنها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوم) حتى لو غصبها رجل ومات عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لأن ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالتقصاص) فإن من له التقصاص إذا مات وهو مدينون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه التقصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه التقصاص من مدينونهم لأن التقصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا منه بمقابله شيئا متقوما ، وكذا إذا قتل المدينون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي التقصاص من استيفاء التقصاص ، وكذا إذا قتل رجل مدينونا والمدينون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المدينون عن

(قوله وإذا علمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول : منقوض بالمدبر فإنه لا يباع المحلوت ونسبي كما مر .

(وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تتعتق حتى تؤدي السعاية . وقال زفر رحمه الله : تتعتق في الحال والسعاية دين عليها ، وهذا الخلاف فيها إذا عرض على المولى الإسلام فأبى . فإن أسلم تبقي على حالها . له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق . ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يتدفع الذل عنها بصيرورتها حرة بدا والضرب عن الذي لا نبعثها على الكسب نبلا لشرف الحرية فيحصل الذي إلى بدل ملكه ، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذي متقومة فيترك وما يعتقده ،

وهو مديون فليس لأصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لأن القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالا . وقيل معناه إذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرام على منع ولي القصاص من قتله قصاصا . وقيل معناه إذا قتل رجلا مديونا وعفا المديون قبل موته صح ، وليس لأرباب الديون أن يمنعوه من العفو . وقيل إذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئا لأنه ليس حقا ماليا والأقرب المتبادر الأول (قوله وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني إذا أسلمت فعرض الإسلام على مولاه فأبى فإنه يخرجها القاضي عن ولايته بأن يقدّر قيمتها فينجمها عنها فتصير مكاتبة إلا أنها لاترد إلى الرق ولو عجزت نفسها ، لأنها لو ردت إلى الرق ردت إلى الكتابة إتمام إسلامها وهو الموجب فلا فائدة في إثبات حكم التعجيز ، وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصراني وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه وإلا فالإلزام ليس إلا ما ذكرنا من عدم الفائدة ، وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقتصر إلا كذلك وإلا لو وجدت المال في الحال لم يحتاج إلى ذلك (وقال زفر : تتعتق للحال) أي لحال إبقاء مولاه الإسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهي حرة ، فإن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق ، بخلاف ما لو أسلم بعده . وقال مالك والظاهرية : تتعتق بحالنا . وقال الشافعي وأحمد : يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن الانتفاع من الانتفاعات ويجوز على تفقها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له . وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذي واجب لدمته وعن المسلم للإسلامه . وذلك في إعتاقها بالقيمة له ، بخلافه بحالنا كما قال مالك ، فإنه إهدار ما يجب له من النظر إذا أمكن . وأما قول الشافعي فيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا انتفاع مع إمكان دفعه عنه . قلنا : الأمر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه وعنها ، فإنه لا يصل إلى البذل عقيب عتقها لأنها تتعتق مفلسة ، وربما تتوانى في الاكتساب إذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيضرر الذي لذلك وتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذي وربما تموت قبل إيفائها حقه ، وقد قال علماؤنا : خصوصية الذي والدابة يوم القيامة أشد من خصوصية المسلم ، بخلاف ما إذا وقف عتقها على الأداء فإنه حامل على الإيفاء فكان اعتبارنا أولى إذ كان أنظر للجانبين . وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أي حنيقة في قوله يني مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى . في قيمتها ولا قيمة لها انتفاع المالية عندها الذي يعتقدها (فيترك وما يعتقده) أي مع ، يعتقده . ولأننا

العفو (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها فته على ما تقدم وكلامه واضح . واستشكل القول بالسعاية عليها عند أي حنيقة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده ، فإن القول بالسعاية قول بالتقويم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها . قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذي متقومة فيترك وما يعتقده) جواب عن هذا الإشكال .

ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة . وهذا يكتفى لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقي (ولو مات مولاهما عتقت بلا سعاية) لأنها أم ولد له ، ولو عجزت في حياته لآردت قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبه لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي رحمه الله : لا تصير . أم ولد له ،

أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة في حقها ، وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ، ولو سلم أنها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة ، وهذا يكتفى لإيجاب الضمان ، وإن لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين له يجب المال للباقي . لأنه احتبس نصيبهم عند القائل بعفو من عفا ، وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة إزالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذي إلا أن هذا لو تم استازم التضمن بغصب النافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام . ووجه أيضا بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر . فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد . وأنت سمعت في العتق على جعل وجهه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل ما هو مال فارح إليه ، وأن كونه بدل ما ليس بمال قول محمد (قوله وإذا مات مولاهما النصراني عتقت) وسقطت عنها السعاية (لأنها أم ولد له) (قوله ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعني تزوج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحد في رواية (وقال الشافعي : لا تصير أم ولد له) وهو قول مالك ، وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فلها ، ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لامن وقت العلوق ، وعندنا فرمن وقت ثبوت النسب منه لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق قبعد ذلك العلوق كل من ولد لها ثبت له حق الحرية ، ونحن نقول : إنما ثبت فيها وصف الأمية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم قبعله الولد متفصل ولا سرياء في المتفصل قبل الأمومة . ويتفرع على هذا أنه لو ملك ولدا لها من غيره قبل أن يملكها له يبيعه عندنا خلافا له لأنه ليس ابن أم ولد له ، بخلاف المولود ولدته منها قبل ملكها فإنه يعتق عليه اتفاقا . وفي المبسوط : لو طافها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لفر ، بخلاف الحادث في ملكه من غيره فإنه في حكم أمه ، ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت أو بنكاح على أنها حرة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا . وللشافعي فيه قولان : في قول تصير أم ولد له ، وفي آخر

وقوله (ولأنها) يعني مالية أم الولد (إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكتفى لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الإشكال . واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد . وأجيب بأن معنى الضمان في الغصب على المائثلة ، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقويمها وبين ما يضمن به من المال المتقوم ، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله . وقوله (كما في القصاص المشترك) يعني إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقي ، وإن لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محرم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاهما) وهو النصراني (عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له) ولو عجزت في حياته لآردت قنة ، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبه لقيام الموجب) وهو إسلامها مع كفر مولاهما .

ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت ثم ملكها نصير أم ولد له عندنا ، وله فيه قولان وهو ولد المغرور . له أنها : علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني ، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل . ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كلاً وقد ثبت النسب

لاتنصير أم ولد له (وهو ولد المغرور) وهو حرّ بالقيمة يوم الخصومة (قوله له) أي للشافعي (أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكه الزاني ، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) وإنما قلنا إن الأمومة باعتبار علوق الولد حراً (لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر ، فلا بد أن تستحق هي الحرية . واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر إلى موت سيدها ، والولد علق حراً فقد خالف الجزء الكل ، وهذا لأنه جزء منفصل وليس كالمتصل ، ونمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض . وإنما اقتصر المصنف اقتصاراً للعلم ببقية التقرير . وحاصل الوجه المذكور أن جزأها حرّ ومقتضاه حرّيتها ، إذ لا يخالف الجزء الكل ، إلا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وإن كان جزءاً حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الأحكام حتى جاز إعناقه ذنبها فثبت به حق الحرية عملاً بشيبي الجزئية وعندها لما بقي منها في الحال ، وهذا المعنى لا يوجد إذا علقت برقيق ، وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم « أئمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته » وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا أن سبب الأمومة) في محل الإجماع وهو الأصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعنى عند قوله أول الباب ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كلاً) فثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب ، فثبت استحقاق الحرية بناء على ثبوت

وقوله (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة . وتقرير وجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر : ومن علقت برقيق لاتنصير أم ولد لمن علقت منه ، لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة : أي في حالة العاوق والجزء لا يخالف الكل . وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاهما في تلك الحالة : أي في حالة العاوق ، فإنا نعلق الولد حراً كان الجزء مخالفاً للكل . وقوله (كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني) أنها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاهما ، قيل في كلامه تسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاء كون العلوق من مولاهما ولهذا لا يثبت إذا علقت من الزنا . وقوله (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأول ، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حراً عنده ليس إلا ، وفي صورة الزنا إنما لم تثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقاً لأن الزنى بها في تلك الحالة ملك مولاهما (ولنا أن سبب الاستيلاء هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كلاً ، وقد

(قال المصنف : وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً) أقول : قال الزيلعي : ولا يعتبر ما ذكر من حربة الجنتين ، لأنه لو أعتق ماني بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقتها ، ولو كان لأجل الاتصال بها لثبت له . وفيه بحث لأن الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حراً وفي إعتاق الجنتين علوق وقتاً ، وكل بين حال الإبقاء والبقاء ، ثم إن القول بإعتاقه منفرداً جملة شخصاً على حدة وأخرجه من حكم الجزئية

فثبتت الجزئية بهذه الوساطة ، بخلاف الرنا لأنه لانسب فيه للولد إلى الزاني . وإنما يعتق على الزاني إذا ماكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة . نظيره من اشترى أخاه من الرنا لا يعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الوالد وهي غير ثابتة (وإذا وطئ جارية ابنه فجاعت بولد فادعاه ثبت نسبه منه

الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فثبتت الأمومة (بخلاف الرنا فإنه لانسب يثبت للولد من الزاني) فلا تصير الأمة التي جاءت بولد من الرنا إذا ملكها الزاني أم ولده استحصانا ، خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولده وهو القياس . فإن قيل : فكان ينبغي أن لا يعتق الولد إذا ملكه أبوه من الرنا إذا كان لا يثبت نسبه منه . أجاب بقوله (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أي نظير أم الولد من الرنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه إلى أبيه (من اشترى أخاه من الرنا لا يعتق) عليه لأنه لانسب إليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبه إلى الوالد) وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما إذا كان أخاه لأمه فصار الحاصل أن الأمومة تتبع ثبوت النسب عند الملك . والعتق المنجز يبيع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب إليه بواسطة ثابتة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « أما أمة » الحديث ، ليس فيه قصر الأمومة على السيد بل إنها تثبت منه غير متعرض لتفنيها عن غيره ، فإذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأنى به منه ثبتت من غيره إذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فثبتت بالولادة منه وهذا لأن نفى المفهوم مخالف ، وهم وإن أثبتوه قدموا عليه القياس ، فإذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الأمومة لزم على المذهبين إلا أنه يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده ، فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده . وجوابه أن ثبوت الأمومة لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا . وبما تنفي فيه الأمومة ما ذكر في الإيضاح : أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه ، فإن ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولده (قوله وإذا وطئ جارية ابنه فجاعت بولد فادعاه ثبت نسبه منه

ثبت النسب بالنكاح فثبتت الجزئية بهذه الوساطة ، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد . وقوله (بخلاف الرنا) جواب عن قوله كما إذا علقت بالرنا لأنه لانسب فيه : أي في الرنا (للولد إلى الزاني) فلا تثبت الجزئية المعبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد . فإن قيل : لما لم يثبت النسب من الزاني فعلم يعتق عليه الولد من الرنا إذا ملكه ، أجاب بقوله (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة) ، بخلاف أمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أمومية الولد من الرنا (نظيره من اشترى أخاه من الرنا لا يعتق عليه لأنه) أي الأخ (ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الوالد وهي غير ثابتة) والمراد بالأخ الأخ لأب ، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الرنا لأن النسبة بينهما ثابتة . وقوله (وإذا وطئ جارية ابنه) ظاهر .

فقلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليأمل (قال المصنف : فثبتت الجزئية بهذه الوساطة) أقول : قال ابن الحسام : يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده . وجوابه أن ثبوت الأمومية لإقراره بثبوت النسب من غير أن يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا له . وفيه بحث لأن الرنا لو كان يثبت نسبه بالاعتراق ؟ وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحصان بل خلاف القياس إذ المراد بالاعتراق وهو الإقرار المصادف محله وهو الملك (قال المصنف : وإذا وطئ جارية ابنه فجاعت بولد فادعاه) أقول : ولصحة هذه الدعوى شرائط المذكورة في شرح الكثر الزيلعي .

وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب ، وإنما لا يضمن قيمة الولد لأنه انطلق حر الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاء (وإن وطئ أبو الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب) لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب (ولو كان الأب ميتا ثبت من الجلد كما ثبت من الأب) لظهور ولايته عند فقد الأب ، وكثر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية

(وصارت أم ولد للأب) سواء كان الابن وطئا أو لا ، لأن حرمة الوطء لاتعم ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لأنه ملكها قبيل الوطء بالقيمة يقع الوطء في ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لأنه انطلق حرّا لتقدم الملك على الأم (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) في باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعي قولان : أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على إثباته الملك حكما للوطء ، إذ لو أثبت سابقا عليه لم يتجه له إيجاب المهر ، والقول الآخر لا تصير أم ولد ويلزمه المهر لأنه لم يملكها وهو قول أحمد . وعلى هذا تستمر على ملك الابن . ومذهب مالك أنه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حلت أولا ، وإذا كان يملكها لازما عرف أنه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولد إذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما ، فإن كان في لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ وإلا فبالحكم المذكور في المسئلة ، وشرط صحة هذا الاستيلاء أن تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، وأن يكون الأب صاحب ولاية من ذلك الوقت إلى الدعوة أيضا ، فلو باع الابن الجارية ثم عادت إليه بشراء أو ردّ وولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الأب لم تصح دعوته إلا أن يصدقه الابن كما إذا ادعى الأجنبي ذلك وصدقه ، وكذا دعوة الجلد لو كان مكان الأب ، وكذا لو كان الأب كافرا ثم أسلم أو عبدا فعتق أو مجنوناً غافق فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من الإسلام والعتق والإفاقة إلى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية إلا أن يصدقه ، أما المعتوه لو ادعاه بعد إفاخته وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من إفاخته ففي القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق . وفي الاستحسان تصح لأن العتة لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ، ولو كان الأب المدعى مرتداً فموقوفه عند أبي حنيفة رحمه الله إن عاد إلى الإسلام صحت وإلا لا . وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لأنه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده بخلافهما وكان ينبغي أن تتوقف عندهما أيضا لأن تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضا ، لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه ، وفيه لا يتوقف لاسيما في النسب لأنه يحتاج إلى إثباته فينفذ (قوله وإن وطئ أبو الأب مع بقاء الأب مسلماً حرّاً عاقلاً لم يثبت النسب منه) لأن شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الأب متصفاً بما قلنا ، بخلاف ما إذا كان الأب ميتاً أو حياً كافراً أو عبداً أو مجنوناً فإن الجلد حينئذ يصح استيلاؤه جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الأحوال ، ولو كان الأب مرتداً لم تصح دعوة الجلد عندهما لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما فعتق تصرف الجلد . وعند أبي حنيفة موقوفة ، فإن أسلم الأب لم تصح دعوة الجلد ، وإن مات على رده أو لحق وقضى بلحاقه صحت ، ولو باع ابن الابن الجارية حاملاً ثم استرده فولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجلد كما ذكرنا في الأب

(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لا ينقسم من ماعين (وصارت أم ولد له) لأن الاستيلاء لا يتجزأ عندهما (وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاء ويضمن نصف مقرها لأنه « طى » جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكما للاستيلاء فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاء فيقدمه قصار واطنا ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستقدا إلى وقت الطوق

(قوله وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان في المرض أو في الصحة ، وكذا إذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون إعتاق الآخر وسواء كان المدعى مسلما أو كافرا لأنه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي ، ولقظ في « يحمل على معنى » من « التي لا ابتداء الغاية : أي ثبت من تصف الأمة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم « دخلت امرأة النار في هرة » أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له ، لأن قوله ثبت في الباقي ينو عنه . وحاصل المعنى أنه ثبت النسب من نصف الأم فيثبت من كلها لأنه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة ، فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها . ولا يقال : : سيأتي أنه يثبت من رجلين بالنسبة إلى امرأة واحدة . لأننا نقول : ليس في ذلك تجزئة من امرأة لأن النسب يثبت من كلها لكل منهما لامن بعضها لواحد ومن البعض الآخر للآخر ، وإنما لا يتجزأ لأن سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماعرجائين على قولنا لأنها إذا علقت من الأول انسدت فم الرحم فلا تعلق من الآخر ، وعلى قول غيرنا لا يمتنع ، بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ماسياني ، فعلم التجزئ أن لا يعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولد له) اتفاقا أما عندهما فلأن الاستيلاء لا يتجزأ كما لا يتجزأ

(قوله وإذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه المسألة قد مر ذكرها في أول الباب حيث قال : وكذا إذا كان بعضها مملوكا ، ولكن كان ذكرها هناك من حيث أن الاستيلاء يخرج الأمة إلى حق الحرية قبل الموت وإلى حقيقتها بعده ، وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزئ الاستيلاء المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العمر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما نبه عليه (قوله فادعاه أحدهما) لافرق في ذلك بين الصحة والمرض . وقوله (لأنه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال : لما لم يثبت النسب منه في نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ إلى آخر ما ذكر في الكتاب . ويحجب عنه بتغليب جانب المثلث للنسب احتياطا ، ألا ترى أنه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العمر ، فكذاك يثبت النسب منه بالدعوة . وقوله (فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) قال في النهاية : هذا على اختيار بعض المشايخ ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفرق لما عرفت في أصول الفقه . وأقول : يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني ، وحينئذ يكون واردا على الأصح من المذهب . وقوله (بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاء فيقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث أن ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق ؛ وذلك يعني في الاستيلاء فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاء فيكون الوطء واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة

فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك

ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد ، وعنده بصير نصفها أم ولد له ثم يملك الآخر لأنه قابل للنقل ، ولا يتمتع تجزئ الأومة كما امتنع تجزئ ثبوت النسب لأن معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العلق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أومة نصفها بمعنى أنه ينعق نصفها بالموت ثم يثبت حكم علق البعض من الاستسعاء في الباقي أو إعتاقه إلى آخر ما عرف ، لكن لما كان النص المقيّد لتجزئ العلق أوجب أن لا يقرّ بعضه عتيقاً وبعضه رقيقاً والأومة شعبة من العلق وجب فيها إذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العلق أن يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقاً وبعضها مستحقاً للعتق . والحاصل أن الاتفاق على أنه لا يستقرّ تجزئها في حق الأومة ، بل التجزئ في الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الأمر . ثم لا ينبغي أن تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك لتعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل . يقال سافر للتجارة والعلم ، ولو قيل لامن الطريق عدّ جنونا ، وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاء لا يستلزم تعيين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك ، بل الثابت به جواز أن يضمّنه ، وللإنسان ترك حقه ، وها هنا لو رضى الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكا له ونصفها أم ولد للآخر ، فلو مات المستولد ينعق نصفها ويرقّ نصفها الآخر أو تسعى له إذ ذاك لا يجوز ، فليس الموجب للنقل إلا ما قانا من النص الدالّ على أنه إذا علق البعض لا يبقى البعض رقيقاً وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقته منه ، وكذا نصف العقر ، وإنما وجب نصف عقرها على المستولد لأنه ذمّيّ جارية مشتركة لأن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاء فيعتقه ، وهو وإن كان مقارناً للعلوق لاستناده إليه فهو مسبوق بالوطء ، وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالإنزال فلم سبق وجوب المهر الاستيلاء بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصّة شريكه ، وما قيل الأصح أن حكم العلة يقارنها في الخارج لم يخرجه المصنف ، وقد ملأ الكتاب من ذلك ، وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة إليه في خلافة زفر فيها إذا دفع التصاب إلى الفقير منه زفر لأن الدفع قارن العلق ، فأجاب بأنه حكم الدفع فيعتقه فحصل الدفع إلى الفقير ، ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله ، ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره وإعساره لأنه ضمان تملك كالباع . وعن أبي يوسف : إن كان المدعي معسرا سعت أم الولد لأن منفعة الاستيلاء حصلت لها ، وإنما لا يضمن الأب إذا استولد جارية ابنة العقر لأن ملكها يثبت شرطاً للاستيلاء لأنه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاء فيقدم ليقع الوطء في ملكه : فإن قيل : الملك يثبت ضرورة الاستيلاء وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء . أجيب بأن الاستيلاء عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب ، فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاء ، ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ، ولا يفرم قيمة ولدها لأن النسب ثبت مستندا إلى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضا فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق آخر فلا يضمن

الشريك فيجب العقر ، وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطاً للاستيلاء في ملكه حلالاً لأمره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر . والمزاد بالعقر مهر أكثل فيكون الشريك ضامناً لنصف مهر مثلها ، هكذا في ميسوط شمس الأئمة السرخسي . وفي ميسوط شيخ الإسلام والهيض : العقر قدراً تستاجر هذه المرأة لو كان الاستئجار لثنا جلالاً . وقوله (فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك) لأنه كما علق علق حرّ الأصل لأن نصبه انعلق على ملكه وأنه يتمتع بثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

(وإن ادعياه معا ثبت نسبة بينهما) معناه إذا حملت على ملكهما . وقال الشافعي رحمه الله : يرجع إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائتين . متعلل فعملنا بالشبه ، وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة رضي الله تعالى عنه .

له شيئا . واعلم أن مقتضى ما ذكره المصنف من أن الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاء فيتعقبه أن العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل بملوك النصف له ونصفه لشريكه ، واستناد النسب إلى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب أن لا يعلق منه شيء على ملكه . لا يقال : يمكن كونه أرام بالاستيلاء في قوله حكما للاستيلاء الوطء . لأننا نقول : الاستيلاء إما أن يطلق على العلوق ، أو على مجموع الوطء مع الإنزال والعلوق ، أما مجرد الوطء بلا إنزال فلا . ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لأن نقله من ملك الشريك إلى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير إلا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لأنه بلا موجب . والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها في الأصح لا يفيد لأن نقله مع العلوق أيضا بلا موجب لأنها مالم تصرأ ولم يلزم النقل . فالوجه جعله مقبلا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لأنه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن ، وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لأن الأم حين انتقلت إلى ملك المستولد انتقلت بأجزائها ومن جعلها ذلك الماء ، هذا إذا حملت على ملكهما ، فإن اشتريها حاملا فأدها أحدهما ثبت نسبة منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لا يمكن استناد الاستيلاء إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا ، لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوته ملك وهي كالإعتاق الموقع إلا أنه يضمن نصيب شريكه في اليسار والإعصار لأنه ضمان تملك كالبيع ، ولا عقر لشريكه هنا لأن الوطء لم يوجد في ملك شريكه (قوله وإن ادعياه معا ثبت نسبة منهما) وكانت الأمة أم ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما ، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركه الميت لرضا كل منهما بعقها بعد الموت ، ولا تسعى للحي عند أبي حنيفة لعدم تقومها ، وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له . ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ، ولا سعاية في قول أبي حنيفة ، وعلى قولهما يضمن إن كان موسرا وتسعى إن كان معسرا ، وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له جلي الآخر . وفائدة إيجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر . وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدرهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدرهم ويأخذ الذهب ويرث

(وإن ادعياه معا ثبت نسبة منهما) قال المصنف (معناه إذا حملت على ملكهما) وإنما قيد بذلك ، لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لأن نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاء لا يتجزأ فيثبت في نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعي : يرجع إلى قول القافة) وهي جمع القائف كالإباعة فيجمع البائع ، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء ، من قات أثره : إذا اتبعه ، والقبالة في بني مدليج منهم المجرز (لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائتين) أي من ماء فحلين (متعلل ، فعملنا بالشبه) وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في أسامة (روى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال : أما علمت أن مجزأ الملبس من أسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما يادية فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض) ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز إظهار السرور ولوجب عليه الرد والإنكار

ولنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه إلى شريح في هذه الحادثة : ليسا فليس عليهما ، ولو بينا بين هما ، هو ابنيهما

الابن من كل منهما ميراث ابن كامل وورثان منه ميراث أب واحد . فهذه أحكام دعوتيهما ذكرها القنورى . ومنها أنه للباقي منهما حتى إذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما ، وقرن المصنف بينهما بوجه كل منهما فقال : وإن ادعياه معا ثبت نسبة منهما جميعا ، وسبقه بما إذا لم يكن مع أحدهما مرجح . فلو كان بأن كان الشريكان أباً وابناً فإن النسب ثبت من الأب وحده ، وكذا إذا كان أحدهما ذمياً ثبت من المسلم وحده ، وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلماً ، وقيد ههنا بما إذا حملت على ملكهما وهو أن تلده لتمام ستة أشهر : يخفى فصاعداً ولو سنتين منذ ملكها ، واحتز به عما إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج فإن نصيبه صار أم ولد له ، والاستيلاء لا يحتمل التجزئ عندهما ولا بقائه عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضاً . وأيضاً ما إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت : يعني تمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق في ملكه . وعما إذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بأن اشترى أمة فولدت لأقل من ستة أشهر من حين ملكها أو ولدته قبل ملكهما إياها فاشترى أياها فادعياه لا تكون أم ولد لها لأن هذه دعوة عتق لادعوى استيلاء فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوة ، بخلاف الاستيلاء فإن شرطها كون العلوق في الملك . وتستند الحرة إلى وقت العاوق فيعتق حراً . وقدسنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيها إذا قال لبيده هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولد له أو لا ؟ قيل : نعم مجهول النسب أو معلومه ، وقيل لا فيها ، وقيل نعم في مجهوله لافي معلومه . فيحمل ذلك على أنه حكمتنا عند جهلنا بحال العلوق ، وبقولنا قال سفيان الثوري وإسحاق بن راهويه ، وكان الشافعي يقول في القديم ، ورجع عليه أحمد حديث القافة . وقيل يعمل به إذا فقدت القافة . وقال الشافعي : يرجع إلى قول القائف ، فإن لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينصب إلى أبيهما شاء ، فإن لم ينصب إلى واحد منهما كان نسبة موقوفاً لا يثبت له نسب من غير أمه . والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء وغيرها من الآثار من قائف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأى ، والقيافة مشهورة في بني مدلج ، فإن لم يكن مدلجى فغيره وهو قول أحمد ، وقال به مالك في الإمام ، وهذا لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماعين . لأنها كما تلحق من رجل انسد ثم الرحم متعلم فعملنا بالشبه ، وهذا يفيد أن القافة لو ألحقوها بهما لا يلحق ، وهو قول الشافعي ، أنه يعطل قولهم إذا ألحقوا بهما ، وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج الستة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً فقال : يا عائشة ألم ترى أن حمزة المبلغي دخل على وعندي أسامة بن زيد وزيد وعليهما قטיפه وقد غطيا رءوسهما وبنت أقدامهما فقال : هذه الأقدام بعضهما من بعض ، وقال أبو داود : وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضى الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة) ذكر أن شريحا كتب إلى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب إليه عمر أنها ليسا فليس عليهما ، ولو بينا بين هما ، هو ابنيهما يرثهما وورثانه وهو الباقي منهما . وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير نكير ، فحل محل

(ولنا كتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة : ليسا فليس عليهما ، ولو بينا بين هما ، هو ابنيهما

يرثهما ويرثانه وهو الباقي منهما ، وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين . وعن علي رضى الله عنه مثل ذلك ، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه ، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالإرث والنفقة وصدة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزئ كالإرث وما ذكرنا ثبت في حقهما على التجزئة ، وما لا يقبلها كالنسب وولاية الإنكاح ثبت لكل منهما كلاً كان ليس معه غيره . واعلم أن المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه في امرأة وطها رجلاً في طهر ، فقال القائل : قد اشتركا في جميعا فجعله بينهما . وقال الشعبي وعلى يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ، ذكره سعيد أيضاً . وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما ، فرفع ذلك إلى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما ، فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه . وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتضى في ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين . ثم ذكر أيضاً عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال : لما دعا عمر القافة فرأوا شبه فيما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال : قد كنت أعلم أن الكلبة تلد لأكلب فيكون كل جزء لأبيه ما كنت أرى أن ماء ين يجتمعان في ولد واحد . وأسند عبد الرزاق أيضاً عن معمر عن قتادة قال :

رأى القافة وعمر جميعا شبه فيما وشبههما فيه ، وقال : هو بينكما يرثكما وترثانه ، قال : فذكرت ذلك لابن المسيب فقال : نعم هو للأخيهما ، وقول المصنف وعن علي مثل ذلك يشير إلى ما أخرج الطحاوى في شرح الآثار عن ساءك عن مولى لأل غزوم قال : وقع رجلان على جارية في طهر واحد فحملت الجارية فلم يدر من أينما هو ، فأتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو الباقي منكما . ورواه عبد الرزاق : أخبرنا سفيان الثوري عن قابوس عن أبي ظبيان عن علي قال : أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر ، فقال الولد بينكما وهو الباقي منكما . ووضعه البيهقي فقال : يرويه ساءك عن رجل مجهول لم يسمه ، وقابوس وهو غير محتج به عن أبي ظبيان عن علي قال : وقد روى علي مرفوعا خلاف ذلك . ثم أخرج من طريق أبي داود : حدثنا حبيش بن أصرم ، حدثنا عبد الرزاق ، أخبرنا سفيان الثوري عن صالح المصنف عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن أرقم قال : أتى علي رضى الله عنه وهو بأيمن بثلاثة وقوا على امرأة في طهر واحد ، فسأل اثنين أقران لهذا بالولد ؟ قالوا لا ، حتى

يرثانه ويرثهما ، وهو الباقي منهما أي الولد يكون للأب الباقي من الأبوين الذين كانا إذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للأب الحي دون أن يكون نصه لوزة الأب الميت . وقوله (وكان بمحض من الصحابة) يروم به إبرازه في مبرز الجميع عليه . وقوله (في سبب الاستحقاق) يعني الملك ، وقيل الدعوة . وقوله (أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث ، فما يقبل التجزئة كالميراث ثبت على التجزئة في حقهما ، وما لا يقبلها كتبوت النسب وولاية الإنكاح ثبت في حق كل واحد منهما كلاً كان ليس معه غيره .

سألم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قال لا ، فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال : فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى . واعلم أن أبا داود رواه أيضا موقوفا ، وكذا النسائي على علي بإسناد أجود من إسناد المرفوع ، وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه : فأقرعه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه ، وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله . وحاصل ما تمحصل من هذا أنه صلى الله عليه وسلم سرق بقرع القافة ، وإن عمر قضى على وفق قولهم ، وإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر إثبات على النسب بالقرعة . ولا شك أن الممول عليه ما ينسب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة . فأجاب المصنف عنه بأن سروره كان لأن انكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضى الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود . أنه كان أسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه ، وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف قطعا لطمعهم ، فسروا لاشك أنه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنسبه وظهور خطتهم والرد عليهم ، ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فتكون متعلق سروره أيضا ، أو ليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم أن حكنا بكون سروره بها نفسها فرع حكنا بأنها حتى فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد . وطعن يطعن بضم عين المضارع بالمرح وفي النسب . واعلم أنه استدلل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه : « إن جاءت به أصهيب أثيبج حش الساقين فهو لزوجها ، وإن جاءت به أورك جمدا جاليا خلدج الساقين ما يغ الألبين فهو للذي رميت به » وهذه هي القيافة ، والحكم بالشبه . وأجاب أصحابنا بأن معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة . وقد يقال الظاهر عند إرادة تعريفه أن يعرف أنه ابن فلان ، والحق أنه ينقلب عليهم ، لأنه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية الإيمان تختص بما إذا لم يشبه المرى به أشبه الزوج أولا للحصول الحكم الشرعي حينئذ . بأنه ليس ابنا للناس وهو يستلزم الحكم بكذا في نسب الولد . وأجيب أيضا بأنه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره ، وفيه نظر ، فإن القيافة ليس إلا باعتبار أمور ظاهرة يستوى الناس في معرفتها ، ثم إنه صلى الله عليه وسلم سرق بقرع على رضى الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة ، وقد قبل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة . كما تقدم ، وهو يستلزم أن القرعة طريق صحيحة لتقريره صلى الله عليه وسلم لإياه ، بل سرق به ، فإن الضحك دليلا مع عدم الإنكار ، وإذا لم يقل به يازمه الحكم بنسخه . غير أنه يثبت ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة ، فإنه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروى عنه من قصة شريح لخفاها وعدم تبيينها وإن كانت قصة مرسل ، فإن سليمان بن يسار عن عمر مرسل ، وكذا غزوة عنه . لكنهما إمامان لا يرويان إلا عن قوى أميين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين ؟ على أن قول سميد ابن المسيب نعم في إسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمرا لأن سميدا روى عن عمر ، وبالحيلة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا ، وإذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم أن ذلك الاحتمال في سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقيقة من متعلقاته ثابت ، والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد إلى اثنين يلزمه اعتقاد أن فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين إذ حل محل الإجماع من الصحابة ، وهو ملزم لأحد الأمرين : إما أن سروره صلى الله عليه وسلم لم يكن متعلقا إلا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول ، إلا أنا

إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام وفي حق الأب وهو مال من الحق في نصيب الابن ، وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيها روى لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه ، وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (وكانت الأمة أم ولد لها) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها

لا نقول إنه من ما فيها كما يفهم من بعض الروايات لأن المسامح لا يجتمعان في الرحم إلا متعاقبين ، فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثاني ، بل إنه يزيد في الأول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه . وأما التعليل بأنه ينسب ثم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض ، فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه في نفس الأمر من ماء أحدهما ، ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر . وقال أبو يوسف : لا يثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفي ثبوته من اثنين . لكنه ترك لأثر عمر . وقال محمد : لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين . ولأبي حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق . فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق إلا بأب واحدة ، ولا فرق بين كون الأنصبا متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد ، ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه ، فعند أبي حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين ، وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط ، فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهما ، وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين (قوله إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت في حق كل منهما كلا . وفي المبسوط : أمة بين مسلم وذى ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك ، فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذئ أولى لأنه حر والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن يبد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب ، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لم ملك ولا شبهة ملك ، قيل ويجب أن يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهيب له أمة ، ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضاً لو كانت الدعوة بين ذى ومرد فالولد للمردة لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الأمة أم ولد لها لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئاً لأنه لم يتنقل

وقوله (إلا إذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله ومالا يقبلها يثبت في حق كل منهما كلا . وقوله (وسرور النبي صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا فيها إذا ادعى الولد أكثر من اثنين ، فجوز أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف ، وجوز محمد إلى الثلاثة . وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه . وقال محمد : الثلاثة قريبة من اثنين . وقال أبو حنيفة : سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدنا . وقوله (فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) يعنى تخدم كل واحد منهما يوماً كما كانت تفعل قبل هذا لأنه لا تأثير للاستيلاء في إبطال ملك الخدمية ، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركه الميث بالاتفاق لوجود الرضا منهما بقتلها عند الموت ، ولا مساعاة عليها في قول أبي حنيفة ، وتسعى

(وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لأنه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما إذا أقاما البينة (وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالأب يدعى ولدجارية ابنه . ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه حتى لا يملكه والأب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن .

إليه من نصيب شريكه شيء (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لأنه أقر له بميراثه كله) حيث ادعى أنه ابنه وحده وإقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لأن دعوى كل منهما الانفراد بالأبوة لا تنسرى في حق الآخر ، وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرنة بالملك وصار كما إذا أقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما ، فكذا إذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لانحداد الجامع (قوله وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وإن كذبه لا يثبت نسب الولد ؛ لكن إذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لا سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مختصراً إلى تصديقه ، وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتباراً بالأب يدعى ولد جارية ابنه بجامع أن الموطوعة كسب كسب المدعى ، أو بطريق أولى لأن للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتضى الحقيقة ملك كسبه وإن لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك ، وليس للولد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحتى الملك أقوى من حق التملك ، فلما ثبت نسب ولدجارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير افتقار إلى تصديقه فالتبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والأب يملك تملكه) لحاجته على ماعرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مسترفة بالدين يصح بلا تصديق أحد لأنه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من

في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ، ولو أعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي حنيفة ، وعندما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسراً ، وتسعى في نصف قيمتها إن كان معسراً (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر) بفتح اللام : أي بالذلي له . وقوله (كما إذا أقاما البينة) يعني إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركاً بينهما على السواء فكذلك هنا . وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذلك ههنا ، ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فلما أن يصدقه المكاتب أولاً ، فإن صدقه ثبت النسب ولا يصير الجارية أم ولد للمولى ، وإن كذبه فلا يثبت النسب أيضاً (وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الأب . والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى ، وجارية الابن كسب كسب الأب (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاء جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بمجرد دعوى نفسه ، ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة

(قوله أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بمجرد دعوى نفسه) أقول : غير مجزئ وغيره وغيره لأنه راجع إلى المولى .

قال (وعليه عقرها) لأنه لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاء لما نذكره .

التركة بإعطائه قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج إلى تصديقه ، بخلاف البائع يدعى ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب لأولاد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع . وههنا إن حصل العلوق في ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل في ملكه الجارية ملكا خالصا . واعتراض بأنه لا معنى لاشتراط التصديق لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر ، بل غاية أنه اعترف له أنه وطئ الجارية فيقتضى أن لا يثبت النسب إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته ، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه وطئها لا يثبت نسبه إذا كان مكذبا له مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق . وقد يجب أن هلأ الحجر حتى أدى لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستحقاق في مقابلة من هو أحق به منه إلا أن يصدقه بلواز أن يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استسلام تصديقه وتكذيبه ، بخلاف ما إذا أقام بينة على الوطء فإن تكذيبه قائم ، واختيار التصديق ليس لاستسلام الوطء قطعاً بل لتقديمي للأحق على غيره ، بخلاف أحد الشريكين إذا استلحق فإنه لا يتوقف على تصديق الآخر لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لأنه) أى لأن وطئه المدلول عليه بقوله فلذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق : أى حق الملك كاف لصحة الاستيلاء لما نذكره : يعنى من قوله عقيبه أنه كسب كسبه ، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيقدم ملكه إياها لتصحيح الاستيلاء فلا يجب العقر لأنه وطئ أمة نفسه ، وإذا وجب لنفس المكاتبية العقر إذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلأن يجب بوطء أمها أولى ، وأبعد شارح فقال : أى لما نذكره في كتاب المكاتب من أنه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع أن مجرد ثبوت حق في ذمة

تصرف فلا يملكها المولى إلا بتصديقه ، والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه فلا يعتبر بتصديقه ، وإنما لاتصير الجارية أم ولده إذا صدقه المكاتب لأن حق الملك ثابت له في كسبه ، وذلك كاف لإثبات نسب الولد ، ألا ترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به إلى التملك ، وليس للأب في مال الولد ملك ولا حق ملك ، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء في ملكه وولدت منه فكانت أم ولده . وقوله (وعليه عقرها) أى على المولى عقر جارية المكاتب لأن الملك لا يتقدم الوطء لأن ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاء فكان الوطء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الأول بالشبهة فتعين الثاني . وقوله (لما نذكره) أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب ، قيل في كلام المصنف نظر لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاء . والمفهوم منه ثبوت استيلاء جارية المكاتب والمتنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاء لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد عطين بقوله ولا تصير جارية أم ولد له : أى للمولى ، فإذا تم تصير جارية أم ولد له فن أين يصح الاستيلاء . والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاء على طلب نسب الولد أقوى من دلالاته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاء لصحة نسب الولد

(قوله والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول : فغير لأنه فغير نفسه واجهان إلى الأب (قال المصنف : لما نذكره) أقول : لى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب ، كلما قاله الشارح آكل اللين . وقال ابن الحماي : بل المراد به قوله عقيب هذا إنه كسب كسبه . بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاء فلا يجب العقر .

قال (وقيمة ولدها) لأنه في معنى المغرور حيث أنه اعتمد دليلا وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور (وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا أنه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

سيد أمة لا يصحح استيلاء صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو أقرب إليه من حبل الوريد (قوله وقيمة ولدها) عطف على عقربا : أي وعليه قيمة الولد (لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه) أي الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا يوجب حرته (فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه) كما أن المغرور يشراء أمة استولدها فاستحققت اعتمد دليلا هو البيع فجعل علنا في حرية الولد بالقيمة إلا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد ، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة . والفرق أن العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها إلا أنه محجور بحجر شرعى عنها فشرط تصديقه ، فإذا جاء التصديق حصت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الإمكان ، وأما المغرور فصفاهه قيمة الولد لأنه أمانة حبسها عن صاحبها تقديرا فتعتبر القيمة يوم الحبس ، وتحقق هذا الحبس والمنع إنما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في أم ولد المغرور) البينة المستحقة لا تكون أم ولد له ، ولا تناقض بين قوله لا تصير أم ولد وبين قوله إن ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاء لأن المراد من الاستيلاء استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه ، وأما ثبوت أمرية الولد للأُم فلأنما هو لازم في بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس علينا يلزم نفي ما أثبتته ، ثم إذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها . ومنها ولد ثابت النسب (قوله وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أي من أنه لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أي لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولدا له (لقيام الموجب) وهو إقراره بالاستيلاء وزوال المانع وهو حق المكاتب .

بدلالة ما بعده فإن المصنف أجل قلنا من أن يقع بين كلاميه في سطرين تناقض . وقوله (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقربا . وقوله (وهو أنه) قيل أي الولد : يعني أن الولد حصل له (من كسب كسبه) فإن المكاتب كسبه ، وجارية المكاتب كسب كسبه ، وفيه نوع تكلف ، ويجوز أن يكون أنه : أي الجارية كسب كسبه ، وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو كسب ، الضمير برقه يعود إلى الولد . قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر ، وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها . والجواب أن قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقا بقوله لا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة ، فتقديره كما في أم ولد المغرور . وقوله (وإن كذبه) معطوف على قوله فإن صدقه المكاتب . وقوله (ولو ملكه) يعني ولد الجارية الذي ادعاء وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) لقيام الموجب (وهو الإقرار بالاستيلاء) (وزوال المانع) وهو حق المكاتب . قال في المسطور : وإذا ملك المولى

(فإن المصنف وهو أنه كسب كسبه) أقول : الضمير راجع إلى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كما في أم ولد المغرور) أقول : على تقدير المصنف وإرادة المعنى القوي في أم الولد .

كتاب الإيمان

[فروع] رجل فجر بأمة فولدت ثم اشتراها لاتصير أم ولد له استعسانا ، وإن اشترى الولد عتق الولد عليه . وفي المحيط : يجوز إعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية ، وكذا تدبيرها لأنه يجتمع لها سببا حرية ، وفي غيرها لا يصح تدبيرها لأنه لا يفيد . وفي جوامع الفقه : استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين . وفي الكافي : أمة بين رجلين قالوا في حصتها هي أم ولد أحدهما ثم مات أحدهما يؤمر الخي بالبيان دون الورثة لأنه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم ، فإن قال الخي هي أم ولدى فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من المقر شيئا لأنه لما أقر بوطنها بعد ملكها فلعله استولدها بتكاح قبل ، ولو قال هي أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة أو كذبت لأنه إن صدق فهي حرة ، وإن كذب فلكذلك لإقراره بمقتها بموته ، ولا سعاية للخي لأنه يدعي الضمان على الميت ، وكذا للورثة لأنهم يدعون عليه الضمان إن كذبوه في إقراره ، وإن صدقوه فقد أقروا بعدم السعاية ، والله الموفق .

كتاب الإيمان

اشترك كل من العيمين والعناق والطلاق والتكاح في أن الغزل والإكراه لا يؤثر فيه ، إلا أنه قدم على الكل التكاثر لأنه أقرب إلى العبادات كما تقدم ، والطلاق رفعه بعد تحققه فإبلاؤه إياه أوجه . واختص الإعتاق عن الإيمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته إياه في تمام معناه الذي هو الإسقاط ، وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية

الجارية : أي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب ، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لأن حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة : إلا أن معارضة المكاتب إياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته ، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه ، والله شحيحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المتاب .

كتاب الإيمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم ، وذكر الإيمان عقيب العتاق

كتاب الإيمان

(٦) (قوله وفي غيرها الخ) جابر لسنة العلامة البحراني ، كذا في النسخ الأخيرة ، ولعله وفي غيره : أي غير المحيط لإيجاز تدبيره ، أي تدبير أم الولد ، والله أعلم اهـ .

قال (الأيمان على ثلاثة أضرب) الغموس ،

فقلعه على اليمين . ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة ، والأولان ظاهران . وشاهد القوة قوله تعالى
- لأخذنا منه باليمين - وقول الشاخ وقيل الخطيئة :

وأيت عرابة الأوسى يسمو
إلى الخيرات منقطع القرين
إذا ماراية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة ، ثم قولهم إنما سمى القسم يمينا لوجهين : أحدهما أن اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالإقسام على الحمل
أو المنع . والثاني أنهم كانوا يباسكون بأيامهم عند القسم فسميت بذلك . فيفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوى
جملة أولى إنشائية صريحة الجزمين يؤكد بها جملة بعدها خبرية ، وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد
قائم زيد قائم وهو على عكسه ، فإن الأولى هى المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله
لأفعلن أو أطفل والاسمية مقدمة الخبر كملت عهد الله أو موثرتة نحو لمعرك لأفعلن . وهو مثال أيضا لغير
المصرح بجزءها ومنه والله وتالله ، فإن الحرف جعل عوضا عن الفعل . وأما هذا المعنى التوكيدي ستة : الحلف ،
والقسم ، والعهد ، والميثاق ، والإبلاء ، واليمين . وخرج بإنشائية نحو تطبيق الطلاق والعناق . فإن الأولى ليست إنشاء
فليست التعاليق إيمانا لغة ، وأما مفهومه الاصطلاحي فجملة أولى إنشائية عقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكدة
بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا وتعمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهر الغموس أو التزام
مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير لينع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل إن فعل فهو يهودى
وإن دخلت فأنت طائى بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وإن بشرت فأنت حر ، وسببا العاق تارة لرفع صدقه
في نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك ، فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه
لتصادهما في اليمين بالله ، وانفراد اللغوى في الحلف بغيره مما يعظم ، وانفراد الاصطلاحي في التعليقات . ثم قيل :
يكراه الحلف بالطلاق والعناق لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله » الحديث ، والأكثر على
أنه لا يكره لأنه لمنع نفسه أو غيره ، ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم ، وركنها اللفظ الخاص ،
وأما شرطها فالعقل والبلوغ ، وحكمها الذى يلزم وجودها وجوب البر فيها إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية
فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر ، ووجوب الحنث على أخلف على ضدها أو نديه فيها إذا كان عدم المحلوف عليه
جائزا وسيأتى . وإذا حنث فيها يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة (قوله اليمين على ثلاثة أضرب : بيمين الغموس)

لتناسبها له في عدم تأثير الهزل والإكراه فيها . واليمين في اللغة القوة ، قال الله تعالى ولأخذنا منه باليمين وفى
الشرعية : عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك . وشرطها كون الحالف مكلفا . وسببها إرادة تحقيق
ماقصده . وركنها اللفظ الذى يعتقد به اليمين . وحكمه البر فيها يجب فيه البر والكفارة عند فواته ، وإنما قيد بقوله
فيها يجب البر فيه لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتى (والأيمان على ثلاثة أضرب) لأن اليمين بالله إما أن

(قوله وشرطها كون الحالف مكلفا) أقول : وفى البدائع : أى مسلما عاقلا بالغا ، فلا يصح بين الكافر متنافا ، حتى إن الكافر إذا
سلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه ، بخلاف الشافعى له . وقوله لا كفارة عليه هذا متنازع لأنها عبادة والكافر ليس من أهلها ، وقوله
عاقلا الشافعى لأن الكافر من أهل اليمين عنه ولذلك يصحلف في الدعوى والمضومات ، وكذا يصح في إطلاق (قوله لأن اليمين بالله البت)

ويمين ، متعقدة ، ويمين لغو . فالغموس هو الحلف على أمر ماض يعتمد الكذب فيه ، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها (لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذبا أدخله الله النار ») (ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه : فيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى ، وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبهه المعقودة . ولنا أنها كبيرة محضة ،

والأصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الإضافة أو يمين غموس ، وأما يمين الغموس فإضافة الموصوف إلى صفته وهي ممنوعة ، وما قيل هو كعلم الطلب رد بأنه إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطلب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع ، وسميت غموسا لغموس صاحبها في الإثم ثم في التوافع بمعنى فاعلة بصيغة التثنية (قوله فالغموس هو الحلف على أمر ماض يعتمد الكذب به) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كبر الله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه ، والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة . وأقرب الألفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار » وفي الصحيحين « لقي الله وهو عليه غضبان » وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار » والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم : أي المجهوس عليها لأنها مصبور عليها (قوله ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضي الله عنهما (وقال الشافعي رحمه الله : فيها الكفارة لأنها شرعت) في الأصل وهي المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى . وقد تحقق) في الغموس فيتعبدى إليه وجوبها (ولنا أنها كبيرة محضة) لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « الكيثار : الإشرار بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل

يكون فيها مؤاخذه أولا ، فإن كانت فلما أن تكون دينوية فهي للمتقدمة ، أو أخروية فهي الغموس ، وإن لم تكن فهي اللغو (فالغموس هي الحلف على أمر ماض يعتمد الكذب فيه) وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب ، ألا ترى أنه إذا قال والله إنه لزيد وهو يعلم أنه ليس بزيد كان غموسا (فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذبا أدخله الله النار ») ولولا الإثم لما كان كذلك ، واسمه يدل على معناه لأنه ما سمى غموسا إلا لأنها تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار . وقال شمس الأئمة السرخسي : اليمين الغموس ليست يمين على الحقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة ، والكبيرة ضد المشروع ، ولكن ساء يمينًا مجازا لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر يمينًا مجازا لأن ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناول (ولا كفارة فيها ، لكن فيها التوبة والاستغفار . وقال الشافعي : فيها الكفارة لأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذبا) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة (ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لقوله عليه الصلاة والسلام « خمس من الكيثار لا كفارة فيهن - وذكر منها الغموس ، وكل ما هو كبيرة

أقول : خمس اليمين بالله بالذكر لأن الغموس واللغو لا يصوران في اليمين بغير الله كالطلاق والحق ، ولا يتحقق هذا بقوله هو يهودي أو نصراني إن كان فعل كذا لئلا قد فعله فإنه غموس كما سيجيء مع أنه ليس يمينًا بالله ، لأنه كناية عن اليمين بالله وإن لم يقل ديه الكناية صرح به في البدائع .

والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية فلا تناط بها ، بخلاف المعقودة لأنها مباحة ، ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدل ، وما في الغموس ملازم فيمتنع الإلحاق

النفس ، واليمين الغموس (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أى بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب) بأن يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدل) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الإلحاق . وحاصل هذا إبداء وصف في الأصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء الموتر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظاهر . ويجب أن الموجب فيه العود لانفس الظهار ، قال تعالى - ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة - وهو مباح لكونه إمسكا بالمعروف والإفطار في رمضان ولو بغير أو زنا . وأوجب : الكفارة باعتبار الفطر العمد المشبى ، ويجب الحد باعتبار أنها في أنفسهما كبيرة ، ونلخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالأول والكفارة بالثاني . ونقض أيضا بقتل الحرم صبيدا عمدا . وأوجب بأن عين الفعل ليس حراما ، حتى أو فعله في غير الإحرام والحرم لم يجرم وإنما حرم بإحرامه والحرم لا بنفسه ، وصحح شارح الإيراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خطا ولم يبين موضع الفساد فيها ، وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضى تقييد قولهم المعصية لانتصاح سببا للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراما لبعينه ومرجعه إلى التحسين والتضييق في الفعل لذاته ، وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جدا كأنه لا يزيد على الكفر والظلم ، وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين في نفسه مباح أو عبادة إذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم ، وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الجالف غبوسا وإلا كانت كفرا ، وإنما روج به باطله فقبحها ليس

محضة لانتايط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لا بد وأن تكون أمورا مباحة كما عرف في الأصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها ، بخلاف المعقودة لأنها مباحة) فجاز أن تناط بها العبادة . وفيه بحث من أوجه : الأول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظاهر منكرا من القول وزورا وهذا نقض لإجمالى . الثانى لما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى الثالث الكبيرة سببة والعبادة حسنة وإلتباعها إياها مباح لها لقوله عليه الصلاة والسلام - أتبع السيئة الحسنة تمحها - وهاتان معارضتان . والجواب عن الأول أن الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذى هو العزم على الوطء وهو مباح . وعن الثانى بأنه لا يلزم من رفع الأضعف بشئ رفع الأقوى به . وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ، ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم - خمس من الكبائر لا كفارة فيهن - الحديث . وقوله (ولو كان فيها ذنب) جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنقذة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم . وتقريره : لو كان في المنقذة ذنب فلهك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانقياد باختيار مبتدل لم يدخل في السيئة ويرفعها عند الطريان ، بخلاف الغموس فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء (فيمتنع الإلحاق) أى إلحاق الغموس بالمنقذة . وفي هذا الجواب

(قوله فلا تناط الغموس بها الخ) أقول : فيه قلب ، والمراد لانتايط الغموس (قوله والعبادة حسنة وإلتباعها إياها مباح لها) أقول : أنت خير بأن الإباحة لا تنارض عدم الوجوب الذى هو معنى الأصحاب ، والظاهر أن العبادة مباح اسم فاعل من ما يريد عليه قوله (قوله ويرفعها عند الخ) أقول : ضمير يرفعها راجع إلى المنقذة .

(والمعتقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، وإذا حث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى - لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان - وهو ما ذكرنا

إلا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصد ذلك ، وذلك خارج عن اليقين موجب لحرمته فكان من قبيل ما حرم لغيره . على أن كون حزمة السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ، ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جارية أو سارة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم كان أوجه . وللشافعي أيضا الغموس مكسوبة بالقلب ، والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى - لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم - وبين سبحانه وتعالى المراد بالمواخلة بقوله تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته - فيبين أن المراد بها الكفارة . والجواب أن المواخلة مطلقا في الآخرة فهي المراد بالمواخلة في المكسوبة والمراد بها في العقوبة الكفارة . كما ذكرنا ، قالوا : الغموس داخلة في العقوبة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة إلى زيادة تكلف . الجواب منع أنها عقوبة لأنها ربط في الشرع للامس العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل أو منعه منه ، فإذا حث انحلت لارتفاع السانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر ، فإذا طابق الخبر برّ وانحلت ، ولا شك أن بالحنث تنحل اليقين والغموس قارنها ما يحلفها وهو مالو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد ، لأنه إذا قارنها منع انعقادها كالدرة والرضاع في النكاح ، بخلاف مس السبهاء ونحوه فإنه لم يقارنها لأنها عقدت على أمر في المستقبل إذا يحلفها هو انعاده في المستقبل لا في الحال ، وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لأن اليقين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها ، وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا ، وتسميتها بيمين مجاز بعلaque الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هومن الحقيقة الغوية ، وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين الفاجرة» ونحوه على ما ذكرناه . وأعلم أن المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب ، وكون الغموس قارنها الحث لا ينفي الانعقاد عنه ، وكونها لا تسمى بيمين لأنها لم تنعقد للبر بعيد إذ لا شك في تسميتها بيمين بالغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك ، فليس الوجه إلا ما قدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعا لرفع أكبر ، وإذا أدخلها في معنى المعتدة وجعل المعتدة تنقسم إلى غموس وغيرها عسر النظر معه إلا أن يكون لغة أوسع . وقد روى الإمام أحمد في مسنده بإسناد جيد صرح بجوده ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه «خمس ليس لمن كفارة : الشرك بالله عز وجل . وقتل النفس بغير حق . وبهت مؤمن ، والفرار من الزحف ، واليمين صابرة يقطع بها مالا بغير حق» انتهى . وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليقين المصبورة على مال كاذبا وغيرها ، وصابرة بمعنى مصبورة كميشة راضية ، وتقدم أن المصبورة المقضى بها لأنها مصبورة عليها : أي محسوس ، والصبر حبس النفس على المكروه ، ومنه قتله صبرا إذا لم يكن في حال تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه (قوله والمعتقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، فإذا حث لزمته الكفارة لقوله تعالى - لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته - الآية) وما في قوله ما يحلف مصبرية : أي الحلف على أمر في المستقبل ، وهذا يفيد أن الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة ، ويقتضى أنها إما ليست بيمين وهو بعيد ، أو زيادة أقبام اليقين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق ، وفي كلام خمس الأئمة ما يفيد أنها من قبيل اللغو ، فإن أراد لغة فمنوع لأنه مالا فائدة له فيه وفي هذا اليقين فائدة

تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبهه المعقودة (والمعتقدة ما يحلف على أمر في المستقبل) وكلامه ظاهر .

(والمؤمن اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه فهذه الميمن نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول : والله إنه لزيد وهو يظنه زيدا وإنما هو عمرو ، والأصل فيه قوله تعالى - لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم - الآية ، إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره .

تأكيد صلقة في خبره عند السامع ، وإن أراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الإرادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ، ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف . والجواب أن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق الميمن (قوله ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه) مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه ، ويدخل في ذلك الأفعال كما ذكرنا والصفات . ومن الثاني ما في الخلاصة : رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم أنه كان يعلم أرجو أن لا يحنث (فهذه الميمن نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) وإنما قيد محمد عدم المؤاخذه بالرجاء مع أنه مقطوع به في كتاب الله تعالى حين قال - لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم - للاختلاف في معنى اللغو ، ففسره محمد بما ذكر وهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد . وقال الشافعي : كل ميمن صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل . وهو مبين للتفسير المذكور لأن الحلف على أمر يظنه ، كما قال : لا يكون إلا عن قصد ، وهو

وقوله (إلا أنه علقه بالرجاء) إشارة إلى ما قال في الميسوط . فإن قيل : فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذه في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذه في الميمن القوم منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به ؟ قلنا نعم ، ولكن صورة تلك الميمن تختلف فيها ، وإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذه في اللغو بالصورة التي ذكرها ، وذلك غير معلوم بالنص ، وما ذكر في الكتاب من تفسير القوم مروى عن زرارة بن أبي أوفى ، وعن ابن عباس في إحدى الروايتين . وروى عن محمد أنه قال : هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله ، وهو قريب من قول الشافعي رضي الله عنه ، فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما . وروى عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تفسير اللغو : لا والله وبلى والله . وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي ، فإن اللغو ما يكون خاليا عن الفائلة والخبر في الماضي خال عن فائدة الميمن لأن فائدتها المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا ، أما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة الميمن ، وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في الميمن سواء . ولقال أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر ، لأن قول الرجل والله إنى لقائم الآن في حال قيامه مثلا بميمن ، وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور . ويمكن أن يلتزم بأنه ليس بميمن على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها ، وإنما

(قوله وذلك غير معلوم بالنص) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله نفي المؤاخذه الخ (قوله قال في تفسير اللغو لا والله الخ) أقول : في باب المارضية والتبريج من التوضيح والتوضيح كلام متعلق بالمقام (قوله لأن فائدتها المنع الخ) أقول : ولأحد أن يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون تصديق السامع غير الخالف كما في الأيمان الصادقة على الأمور الماضية فلا يكون القاضي الميمن بناء على اعتقاده لأفيا ، ثم لو صح ما ذكر كان القوم لغوا أيضا (قوله ولقال أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر الخ) أقول : وفي أول كتاب الأيمان من شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جوابا عن هذا الإشكال فراجع (قوله لما مر من تعريفها) أقول : فيه أن القوم واللغو خارجان عن التصريف أيضا إلا أنه كلام لم يسهل الأعص .

قال (والقاصد في اليقين والمكروه والناسي سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جد هن جد »
وهن جد : النكاح ، والطلاق ، واليمين »

رواية عن أحمد ، وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله . وقال الشعبي ومسروق : لغو اليقين أن يخلف على معصية فيتركها
لاغبيا يمينه . وقال سعيد بن جبير : أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل . فلما اختلف في معنى اللغو
علقه بالرجاء . والأصح أن اللغو بالتفسيرين الأولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخلة به في الآخرة ، وكذا
في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء ، فالأوجه ما قيل إنه لم يرد به التعاقب بل التبرك باسم الله والتأدب
فهو كقول صلى الله عليه وسلم لأهل المقابر : « وإنا إن شاء الله بكم لاحقون » . وأما التفسير الرابع فغير مشهور ،
وكونه لغوا هو اختيار سعيد (قوله والقاصد في اليقين والمكروه عليه والناسي) وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم
تذكر أنه تلفظ به . وفي بعض النسخ : الخاطي وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الخلف فجري على لسانه اليقين ،
فإذا حثت لزمته الكفارة (لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جد هن جد » وثلاث جد : النكاح ، والطلاق ،
واليمين ») هكذا ذكره المصنف ، وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليقين العتاق ، والمحفوظ حديث
أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاث جد هن جد » وثلاث جد : النكاح ، والطلاق ،
والرجعة ، وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث
أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من طلق وهو لأعب فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لأعب
فعتقه جائز » وروى ابن عدي في الكامل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
« ثلاث ليس لعب من تكلم بشيء منهن لأعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح » وأخرج عبد الرزاق
عن علي بن عزم موقوفا أنها قالت « ثلاث لا لعب فيهن : النكاح ، والطلاق ، والعتاق » وفي رواية عنهما « أربع »
وزاد « والتلذذ » ولا شك أن اليقين في معنى التلذذ فيقاس عليه . وأعلم أنه لو ثبت حديث اليقين لم يكن فيه دليل لأن
المذكور فيه جعل الغزل باليمين جدا ، والمأزول قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد
مباشرة السبب مختارا ، والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ما صنع ، وكذا الخاطي لم يقصد قط
التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في المأزول وأردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت
في حقه نصا ولا قياسا ، وإذا كان اللغو بتفسيرهم وهو أن يقصد اليقين مع ظن البر ليس لها حكم اليقين ، فما

هذا قسم وهو جملة إنشائية أكدت بها جملة أخرى (والقاصد في اليقين والمكروه والناسي) وهو أن يدل على التلفظ
باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ باليمين ناسيا . وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي ، وهو أن يريد أن يسبح مثلا
فيجري على لسانه اليقين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جد هن جد » وهن جد :
النكاح ، والطلاق ، واليمين ») فإن قلت : اليقين عقد يقوى بها عزم الخالف على الفعل أو الترك فهو من الأفعال
الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد ؟ قلت : ذلك هو القياس وقد ترك بالنص . لا يقال : النص معارض
بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث لأنه مجمل ونص اليقين مفسر .

(قوله ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول : وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جد هن جد » الحديث .

والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك ، وسنبين في الإكراه إن شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لأن الفعل الحقيقي لا يندم بالإكراه وهو الشرط ، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقيق الشرط حقيقة ، ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحث لاعلى حقيقة الذنب ، والله تعالى أعلم بالصواب .

لم يقصده أصلا بل هو كالتأثم يجرى على لسانه طلاق أو عتاق لاحكم له أولى أن لا يكون لاحكم البين . وأيضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رضی الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ، وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فإن المتكلم كلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجرى على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظة ولا معناه ، ولو لم يكن إياه كان أقرب إليه من المأزول ، فحمل الناسي على اللاغى بالتفسير المذكور أولى من حمله على المأزول ، وهذا الذي آيينه وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلا (قوله والشافعي يخالفنا في ذلك) فيقول لا تتعد بين المكره ولا الناسي ولا الخطي للحديث المشهور (رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) قال المصنف (وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي وأحمد رضي الله عنهما في عدم انعقاد بين المكره بما رواه الدارقطني عن وثالة بن الأسقع وأبي أمامة قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ليس على مقهور بين) ثم قال حنيفة ضعيف . قال صاحب تنقيح التحقيق : حديث منكر بل موضوع ، وفيه جملة لا يجوز الاحتجاج بهم (قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرة لعيته مخفرا . وعن كل من الشافعي وأحمد روايتان يحنث ولا يحنث ، وهو الأصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق ، وهذا (لأن الفعل الحقيقي لا يندم بالإكراه وهو الشرط) يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لأن الحث هو السبب عندنا ، وإنما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لأن السبب عنده المبين والحث شرط على ما عرف . والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سببا كان أو شرطا وبالنسيان والإكراه لم يندم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تزمه الكفارة

وقوله (والشافعي يخالفنا في ذلك) يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي (وسنبين في الإكراه إن شاء الله تعالى ، ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء) أي فهو ومن فعله مخفرا سواء . تركه لدلالة فجوى الكلام عليه لأن شرط الحث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لأنه لا يندم بالإكراه ، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقيق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي . وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب ، والمغنى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطأ فكيف تجب عليهما الكفارة . وقريره : الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحث لا مع حقيقة الذنب ، كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحبات الملك لا مع حقيقة الشغل حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلا بأن اشترى جارية بكرا أو اشترى امرأة . ولقال أن يقول : إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمرا غيبيا في الأصل فيلزم عليه وإن لم يتصور

(قوله ولقال أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه الخ) أقول : والعلامة صدر الشريعة . بمنح صفة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضا ، والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجع إن شئت .

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

قال (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يخاف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) لأن الحلف بها متعارف ، ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصح ذكره حاملا ومائنا .

فيخرجها عنه وليه أو هو إذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط : أى السبب حقيقة . وقوله ولو كانت الحكمة في إتيان الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر هو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ، ولا ذنب على الحانث إذا كان معفى عليه أو مجنوناً . فأجاب بأن الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائماً بل تناط بمقتضاها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضرراً ، كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض ، سواء كان ذلك الوهم حاصلًا أو لا كما في شراء الأمة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ . وأما قولهم كما في شراء الأمة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لأن التوهم حاصل لجواز حبس البكر ومملوكة المرأة على أن كونها لرفع الذنب دائماً ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم أن ينقذ على أمر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث أو يتدب ، والله أعلم .

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

(قوله واليمين بالله أو باسم آخر من أسمائه) تفيد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتأمل ، والاسم الآخر كالرحمن

المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم ، والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول .

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يمينا من الألفاظ وما لا يكون يمينا (واليمين بالله) أى بهذا الاسم (أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) والمراد بالاسم هنا لفظ ذال على اللغات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادرة التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فعليها كالرحمة والعلم والعزة . والصفة على نوعين : صفة ذات وصفة فعل ، لأنه إما أن يجوز الوصف به وبضده أو لا . والثاني صفة اللغات كالعزة والعظمة والعلم . والأول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ، ومشايخنا العراقيون على أن الحلف بصفات الذات يمين . وبصفات الفعل ليس بيمين ، ويلزمهم أن يكون علم الله يمينا ، واعتلوا بأنه القياس ولكنه تركه فحيث بمعنى المعلوم ، ومشايخ ماوراء النهر على أن الحلف بكل صفة متعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين ، وهو مختار المصنف رحمه الله . يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا . وقوله لأن الحلف بها متعارف (قوله ومعنى اليمين وهو القوة الخ) ذكره استظهارا لأنه لما بنى الأيمان على

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

والرحيم والقدير ، ومنه والذي لإله إلا هو . ورب السموات والأرض ورب العالمين ومالك يوم الدين والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء ، وإذا قالوا في قوله والطالب الغالب إنه يمين لأنه تعارف أهل بغداد الحلف به لزوم ، إما اعتبار العرف فيها لم يسمع من الأسماء من الكتاب والسنة فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى - والله غالب على أمره - ولما كونه بناء على القول المفصل في الأسماء ، ويفيد قوله آخر أنه لا بد من كونه اسما خاصا ، فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي أن لا يكون يميناً ، والمتقول أنه لو قال باسم الله ليس يمين . وفي المتن رواية ابن رستم عن محمد أنه يمين فلي تأمل عند الفتوى . ولو قال وباسم الله يكون يميناً ذكر ذلك في الخلاصة . وقوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً قيد في الصفة فقط ، فأفاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفه أو لم يتعارفه ، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول . وقال بعض مشايخنا : كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين ، وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزیز فإن أراد به يميناً فهو يمين ، وإن لم يرد به فليس يميناً ، ورجحه بعضهم بأنه إن كان مستعملاً لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين إرادة أحدهما إلا بالنية . وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتاً ولا يحمل عليها هو كالعزة والكبرياء والعظمة ، بخلاف نحو العظيم فقيده يكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل أو الذات ، وهو قول مشايخ ما وراء النهر ، ولهذا قال محمد في قولهم : وأمانة الله أنه يمين ، ثم مثل عن معناه فقال لأدري لأنه رأه يحلفون به فحكم بأنه يمين . ووجهه أنه أراد معنى والله الأمين ، فالمراد الأمانة التي تضمنتها لفظة الأمين كرمزة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك ، وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه ونطقه ورحمته يميناً لعدم التعارف ، ويزداد العلم بأنه يزداد به المعلوم . فقول الشيخ أبي المعين في تبصرة الأدلة إن الحلف بالعلم والعلم والرحمة والغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الأصل ، بل هو على مجازة قول القائلين في الأسماء إن ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وبغيره إن أراد به الله تعالى كان يميناً وإلا لا ، فجعل مثله في الصفات المفردة عن الدلالة على الذات إن أريد صفة القائمة به فهو يمين وإلا لا . لا يقال : مقتضى هذا أن يجري في قدرة الله مثله ، إن أريد به الصفة كان يميناً أو المقدور على أن يزداد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حلف مضاعف : أي أثر قدرته لا يكون يميناً وليس المذهب ذلك . لأننا نقول : إنما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف إلى الحلف بلا تفصيل في الإرادة . ومشايخ العراق تفصيل آخر هو أن الحلف بصفات الذات يكون يميناً أو بصفات الفعل لا يكون يميناً ، وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف بأضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة . وصفات الفعل ما يصح أن يوصف بها وبأضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط . وقالوا : ذكر صفات الذات كذكر الذات ، وذكر صفات الفعل ليس كالثبات . قيل يقتضون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله . والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره ، وهذا لأن الغير هو ما يصبح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود . ولا يخفى أن هذا اضطلاح محض لا ينبغي أن يفتى الفقه باعتباره . وظاهر قول هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعلمه ، بل صفة الذات مطلقاً

قال (إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يمينا) لأنه غير متعارف ، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينا : أى معلومك (ولو قال وغضب الله وضطه لم يكن خالفا) وكذا: ورحمة الله لأن الخلف بها غير متعارف ، ولأن الرحمة قد يراد بها أثره وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

يخلف بها تعورف أو لا ، وصفة الفعل لا يخلف بها ولو تعورف ، وعلى هذا فيلزم أن سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا على قول هؤلاء ، وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لأنه لم يتعارف الخلف بها وإن كانت من صفات الذات . وقال بعضهم : الأسماء التى لا يسمى بها غيره كرسب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين إلى آخر ما قدما أول الباب يكون الخلف بها يمينا بكل حال ، وكذا الصفات التى لا يحتمل أن تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فيعتقد بها اليقين بكل حال ولا حاجة إلى عرف فيها ، بخلاف الأسماء التى تنطلق على غيره تعالى كالحى والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الخالف ، وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فإنه قد يستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا ، كما يقال اللهم اغفر علمك فينا ، وكذا صفات الفعل كخفاه ورزقه ، فى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ، ووجه الله يمين إلا إن أراد الجارحة (قوله إلا قوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التى يخلف بها عرفا فيقتضى أن علمه مما يخلف به عرفا فيتناوله الصدر فأخرجيه من حكمه بعد دخوله فى لفظه ، وليس كذلك لأنه علمه بأنه غير متعارف فكان استثناء منقطعاً لأنه لم يدخل . وأورد على تعليله الثانى القدرة فلنبا تذكر ويراد بها المقدور . وأجيب بالنسب لأن المقدور بالوجود خرج عن أن يكون مقدورا لأن تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل إرادته بالخلف . وقيل الوجود معلوم ولا تعارف بالخلف بالمعلوم فلم يكف المراد بالخلف بالقدرة إلا الصفة القائمة ببلاته تعالى ، بخلاف العلم إذا أريد به المعلوم فإنه لا يخرج المعلوم عن أن يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق . وهذا يوجب أن لا تصح لإرادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح ، أما وقوعوا فقالوا انظر إلى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعاً إلا الوجود . وأما تحقيقاً فلأن القدرة فى المقدور إذا كان مجازاً لا يمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة فى المقدور بعد الوجود مجازاً فى المرتبة الثانية . نعم الحق أن لا موقع للتعليل الثانى لأن تفرع كون الخلف بالعلم ليس يمينا ليس إلا على قول معتبرى العرف وعلمه فى اليقين ، فالتعليل ليس إلا بنى التعارف فيه ، وأما لو فرغ على القول الفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يمينا لأن العلم من صفات الذات فلا معتبر بأنه يراد بالصفة المنفعل

العرف كان وجوده مغنيا عن النظر إلى غيره . وقوله (إلا قوله وعلم الله) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التى يخلف بها عرفا . فإن اليقين به إذا لم يكن متعارفاً كان استثناءه عن العرف منقطعاً ، والكلام فى قوله ولأنه يذكر ويراد به المعلوم ، كالكلام فى قوله ومعنى اليقين وهو القوة حاصل فى أنه مذكور للاستظهار . نعم المراقبون يحتاجون إلى ذكر معلومة عن وروده على أصلهم كما تقدم . وقوله (لأن الرحمة قد يراد بها أثرها) مقبوض بقدرة الله تعالى لأنه يقال انظر إلى قدرة الله تعالى وأمره أثره ، وإلا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرفوعة فتكون كالعالم ومع ذلك يخلف بها . والحق أن معنى الإيمان على العرف ، فما تعارف الناس الخلف به كان يمينا ، والخلف بقدرة الله تعالى متعارف ، وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد : وأمانة الله يمين ، ثم لما سئل عن معناه قال : لا أدري ، فكانه وجد العرب يخلف بأمانة الله تعالى عادة فيجعلها يمينا كأنه قال

(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفًا كالنبي والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليبر » (وكذا إذا حلف بالقرآن) لأنه غير متعارف ، قال رضى الله تعالى عنه : معناه أن يقول والنبي والقرآن ، أما لو قال أنا برىء منهما يكون يمينًا لأن التبرى منهما كفر . قال (والحلف بحروف القسم ، وحروف القسم الواو كقول الله والياء كقول الله) والتاء كقول الله (لأن كل ذلك معهود في الإيمان ومذكور في القرآن

على القولين فلا موقع للتعليل به) قوله من حلف بغير الله لم يكن حالفًا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت » متفق عليه . قال (وكذا إذا حلف بالقرآن) لأنه غير متعارف . قال (ومعناه أن يقول والنبي والقرآن) أما إذا حلف بملك بأن قال أنا برىء من النبي والقرآن كان يمينًا لأن التبرؤ منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتى وكذا إذا قال هو برىء من الصلاة والصوم يكون يمينًا عندنا ، وكذا هو برىء من الإسلام إن فعل كذا ، وبجرة - شهد الله - أولاً إله إلا الله ليس يمينًا . ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو برىء مما فيه إن فعل فعل تلوته الكفارة . ثم لا يحنى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينًا كما هو قول الأئمة الثلاثة ، وتعليل عدم كونه يمينًا بأنه غيره تعالى ، لأنه مخلوق لأنه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسى منع بأن القرآن كلام الله منزل غير مخلوق . ولا يحنى أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المتعدمة وما ثبت فنده استحالة عدمه ، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقاً . وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف ، وأما الحلف بجان سر تو ومثله الحلف بجماعة وأسلك ورأس السلطان فذلك إن اعتقد أن البرء واجب فيه يكفر . وفي تمة الفتاوى قال على الرازى : أشاح على من قال بيمينى وحياتك أنه يكفر ، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمون لقلت إنه شرك . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : لأن أحلف بالله كاذباً أحب إلى من أن أحلف بغير الله صادقاً (قوله والحلف بحروف القسم إلى قوله ومذكور في القرآن) قال تعالى - فرب السماء والأرض إنه لحق - والله ربنا ما كنا مشركين - وقال تعالى

والله الأمين (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفًا مثل أن يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليبر ») روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم ، فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت » قال المصنف رحمه الله (أما لو قال أنا برىء مني يمينًا لأن التبرى منهما) أى من النبي والقرآن (كفر) ولقاتل أن يقول : سلمنا أن التبرى منهما وكذا من كل كتاب سواى كفر ، لكن كونه كفراً ليس يميناً ولا يستزملها ، ألا ترى أنه لو قال بيميناك لأفعلن كذا واعتقد أن البرء واجب كفر وليس يمين . والجواب سيجىء عند قوله إن فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى . قال (والحلف بحروف القسم) الحلف بالله إنما يكون بحرف القسم ظاهراً أو مضمراً ، وبحث حروف القسم وكون

(قوله مثل أن يقول والنبي والقرآن الخ) أقول : القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فإله من صفاته الأولى والله لم يخلق المصنف رحمه الله مع النبي والكعبة ففرن بل ذكره مستقلاً وعظه بهم التصات فليتأمل (قوله ألا ترى) أقول : في التنوير بحث ، إلا أنه من قبيل الكلام على السنة .

(وقد يضم الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا أفعل كذا) لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً ، ثم قيل ينصب لانتراع الحرف الخافض ، وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحلوف ، وكلذا إذا قال لله في المختار لأن الباء تبدل بها ، قال الله تعالى - آمنتم له - أى آمنتم به .

- تالله لقد أرسلنا رسلاً - الآية ، ومثل الباء بقوله تعالى - بالله إن الشرك لعظم - وفيه احتمال كونه متعلقاً بقوله تعالى قبله - لا تشرك - ثم قالوا الباء هي الأصل لأنها صلة الخلف ، والأصل أحاف أو أقسم بالله وهي للإلصاق تلصق فعل القسم بالمحلول به . ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ، ولأصالتها دخلت في المظهر والمضمير نحو بك لأفعلن ، ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الإلصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فأبونها بدلاً انحطت عنها بلوحة فدخلت على المظهر لا المضمير والتاء بدل عن الواو لأنها من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيراً منها كما في تجاه ونجمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل في المظهر إلا على اسم الله تعالى خاصة ، وما روى من قولهم تربي وترب الكعبة لا يقاس عليه وكلذا تحياتك .

[فرع] قال باسم الله لأفعلن كذا اختلوا فيه ، والمختار ليس يميناً لعدم التعارف ، وعلى هذا بالواو إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله (قوله وقد يضم الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب) يريد بالحذف الإضمار ، والفرق أن الإضمار يبنى أثره بخلاف الحذف ، وعلى هذا فينبغي أن يكون في حالة النصب الحرف محذوفاً لأنه لم يظهر أثره . وفي حالة الجر مضمراً لظهور أثره وهو الجر في الاسم . وقوله ثم قيل ينصب لانتراع الخافض ، وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحلوف ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال : النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة ، ونظر فيه بأنهما وجهان ساتفان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأني الخلاف . وحكى الرفع أيضاً نحو الله لا أفعلن على إضمار مبتدأ ، والأولى كونه على إضمار خير لأن الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بأن يكون مبتدأاً والتقدير الله قسمي أو قسمي الله لأفعلن ، غير أن النصب أكثر في الاستعمال . وقوله في النصب لانتراع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عتدم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به إلا أن يراد عند انتراع الخافض : أى بالفعل عنده . وأما الجر فلا شك أنه بالحرف المضمّر ، وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله :

إذا قيل أى الناس شرّ قبيلة أشارت كليب بالأصابع

أى إلى كليب (قوله وكلذا إذا قيل لله لأن الباء تبدل بها) أى باللام قال تعالى - آمنتم له - آمنتم به - والقصة

الباء أصلاً وغيرها بدلاً وجواز إضمار الحروف والنصب بعد الإضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الأصل ، والأصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل إلى حد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد وأن يكون قد حاف ذلك ورآه . والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمّر دون المحلوف ، والمصنف ذكر الإضمار في الرواية والحذف في التحليل بطريق المساهلة كذا في النهاية . ويجوز أن يقال أطلق الإضمار بالنظر إلى الجر والحذف بالنظر إلى النصب . وقوله (وكلذا إذا قال لله في المختار) احتراز عما روى عن أبي حنيفة أنه لو قال لله على أن لا أكلم فلاناً أنها ليست بيمين ، إلا أن ينوى لأن الصيغة صيغة التلويح ويحتمل معنى العين ، ولا أثر لتغيير الإعراب في القسم به تصبياً وجراً في منع صحة القسم لأن العوام لا يميزون بين

وقال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قال وحق الله فليس بحالف ، وهو قول محمد رحمه الله تعالى وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف . ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله ، قالوا : ولو قال والحق يكون يمينا . ولو قال حقا لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد

واحدة . أورد عليه أنها لا تبدل بها بمعنى أن توضع مكانها دالة على عين مدلولها ، وفي الآيتين المعنى مختلف ، فإن قوله تعالى - آمنتم له - أي صدقتموه وانقدتم إليه طاعة - وآمنتم به - لا يفيد تلك الزيادة ، ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناها فيه بخلافه في القسم ، ولا تستعمل اللام إلا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس : دخل آدم الجنة فله ما غربت الشمس حتى خرج . وكقولهم : لله لا يؤخر الأجل ، فاستعملها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة إلا أن يتعارف كذلك . وقوله في المختار احتراز عما عن أبي حنيفة أنه إذا قال لله على أن لا أكلم فلانا أنها ليست بيمين إلا أن ينوى لأن الصيغة للنذر وتحتل معنى اليمين ، ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز ، لأن لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لم ياليس هو فيه . وهذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكته خلافا لما في المحيط فيها إذا أسكن من أنه لا يكون يمينا إلا بالنية لأن معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى المنع أو الحمل معقودا بما أريد منه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف) وعنه أي عن أبي يوسف (رواية أخرى أن يكون يمينا) يعني إذا أطلق لأن الحق من صفات الله تعالى وقد عد في أميائه الحسن ، قال تعالى - ولو اتبع الحق أهواءهم - (وهو حقيقته) أي كونه تعالى ثابت الذات موجودا فكانه قال : والله الحق (والحلف به متعارف) فوجب كونه يمينا ، وهذا قول الأئمة الثلاثة حتى قال أحمد : لا يقبل قوله : يعني في عدم اليمين لأنه انصرف بعرف الاستعمال إلى اليمين فانصرف الحق إلى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرته الله تعالى (قوله ولهما أنه) أي حق الله (يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه) وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه إذ يعلم أنه لا ينحصر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفة فلا يكون يمينا ، والمعنود من الأسماء الحسن هو الحق المقرون باللام ، وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بأنه يمين بأنه تقدم أن ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف ، وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته ، وإذا كان الحلف بقدرته الله يمينا للتعارف لبعث الله كذلك للتعارف ، فإن التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره ، وقد بينا أن لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة ، وأما الاستدلال على أنه يراد به الطاعات بقول السائل لاني عليه الصلاة والسلام « ما حق الله تعالى على العباد ؟ فقال : أن لا يشركوا به شيئا إلى آخره » كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء لأن صلته بلفظ على العباد يبين المراد بالحق أنه غير وجوده وصفته ، والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه ، فليس الوجه إلا ما ذكرنا (قوله ولو قال والحق يكون يمينا) أي بالإجماع ، كلما ذكره غير واحد . واعتز به وجه الإعراب . وقوله (قال أبو حنيفة) ظاهر . وقوله (والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد الفرق بين والحق

(ولو قال أقسم بالله أو أحلف بالله أو أشهد بالله فهو حالف) لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين ، قال الله تعالى - قالوا لنشهد إنك لرسول الله - ثم قال - اتخلوا أيمانهم جنة - والحلف بالله هو المهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ، ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية ، وقيل لا بد منها لإحتمال العدة واليمين بغير الله

شارح بأن الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى - فإذا بعد الحق إلا الضلال - فلما جاءهم الحق من عندنا - فكيف يكون يميناً بلا خلاف ، لكن جوابه أنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يميناً وإلا فلا انتهى . وأنت علمت أنه إذا ثبت كونه اسماً له تعالى لا يعتبر فيه النية وإن أطلق على غيره ، وإنما ذلك القول المقابل المختار . وأما على قول المفصل بين أن يريد به اليمين وأن لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصاغر غيره مهجور لا بدليل ، وبه ينقطع قول أبي نصر إن نوى بالحق اليمين كان يميناً وإلا فلا ، ولا يزم بطلان قول من حكى الإجماع من الشارحين لأنه يريد إجماع علمائنا الثلاثة فإنه لا عبرة بخلاف غير المحققين في انعقاد الإجماع . ولو قال حقاً بأن قال حقاً على أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يميناً لأن الحق من أسمائه تعالى فيعتقد به اليمين ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد ، وما نقل عن الشيخ إسماعيل الزاهد والحسن بن أبي مطيع أنه يمين لأنه لم يصفه إلى الله تعالى فصاغر كالحق مردود بأن المنكر ليس اسماً لله تعالى ، ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخي إن قوله بحق الله يمين لأن الناس يخلفون به ، وضعفه لما علمت أنه مثل بحق الله بالإضافة وعلمت المغايرة فيه وأنه ليس يميناً فكذلك بحق الله قوله (ولو قال أقسم الخ) إذا حلف بلفظ القسم فلما بلفظ الماضي أو المضارع وكل منهما إما موصول باسم الله تعالى

وحقاً بأن المعروف اسم من أسماء الله تعالى ، قال الله تعالى - ولو اتبع الحق أهواءهم - والحلف به متعارف فيكون يميناً . وأما المنكر فهو مصلر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال : أفعل هذا الفعل لأحالة ، وليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين (ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله) ظاهر . واعترض بأن اليمين ما كان حاملاً على فعل شيء أو تركه موجبا للبر ، وعند فوائده يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر . ثم قوله أقسم لا يكون موجبا من البر شيئاً بمجرد أنه لم تنعقد يمينته على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يميناً ، ولأن الكفارة إنما تكون لسر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس في أقسم مجرداً هناك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجبا للكفارة ، ولأن قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هي للحال كذلك تكون للاستقبال ، فلو وجبت الكفارة من حيث أنها للحال لم تجب من حيث أنها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لاسيما في حق الكفارة فلأنها ملحقة بالخلود حتى إنها إذا اجتمعت تداخلت كالحدود . وأجيب بأنه أخفى بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في المخيرة وغيرها . ووجه ذلك أن كلمة على للإيجاب واليمين لا يوصف بالوجوب ، وإنما موجبه يوصف بذلك وموجه البر وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه إقراراً بالكفارة صواباً لكلامه عن الإلقاء ، وكذلك قوله أقسم إخباراً عن القسم في الحال وما ثم قسم لأنه عبارة عن جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل إقراراً عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك ، وإذا كان إقراراً بوجوب الكفارة لم يحتاج إلى وجوب البر ابتداء ولا إلى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا إلى جعل تلك الصيغة للاستقبال ، وهذا كما ترى يشير إلى أنه قال على يمين أو أقسم ولم يزد على ذلك ،

أوبصفته أو لا ، فإذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن وكذا عزمتم بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف ، وإذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذا عندنا ، وعند الشافعي لا يكون يمينًا إلا بالنية لاحتمال أن يريد به المستقبل وعدا . ووجه قولنا إن هذه الصيغة حقيقة في الحال وعجاز في الاستقبال على ما تقدم في المتن للمصنف ، ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه إلى حقيقته . وأما الاستشهاد بأن في العرف كذلك كتوهم أشهد أن لا إله إلا الله ففيه نظر لأن ذلك بدلالة الحال العلم بأن ليس المراد الوعد بالشهادة ، وكذا قول الشاهد أشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على أنه في نفسه كذلك عرفا فيجوز أن يقال هي للمستقبل ، ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتيقيد بلفظ الآن ونحوه ، وإن ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لأفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو يمين نوى أولم ينو ، وهو رواية عن أحمد . وقال زفر : إن نوى يكون يمينًا وإلا لا . وقال الشافعي : ليس يمين نوى أو لم ينو ، وهو رواية أخرى عن أحمد . وقال مالك : إذا نوى في قوله أقسم بالله الخ يكون يمينًا ، وإن أطلق فلا . وجه قولهم أن أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يمينًا ، وكذا يشتمل العدة والإنشاء للحال فلا يعين يمينًا كذا قيل ، وإنما يشهد لقول القائل إن نوى كان يمينًا وإلا فلا . وجوابه ما ذكره المصنف من أنه حقيقة في الحال فانصرف إليه ، ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه : أي إلى أحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية ، وقيل لابد من النية لاحتمال العدة : أي لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال العيين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا في المذهب . ومنهم من صرح بأنه إذا لم يذكر المقسم به يكون يمينًا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو . يعني إذا نوى العيين أو لم ينو شيئا ، أما إذا نوى غيره فلا شك أنه لا يكون يمينًا فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يكون حائفا لمن يستحق العيين عليه شرعا فإن العيين على نية المستحلف لا الحالف حينئذ . وقد وقع في هذه المسئلة تحبط في موضعين أشدهما في الحكم وهو توهم صاحب النية أن مجرد قول القائل : أقسم أو أحلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حيث إذ أورد السؤال القائل العيين ما كان حاملا على فعل شيء أو تركه موجبا للبرّ وعند فوائده موجبا للكفارة على وجه الخلاف ، فقوله أقسم ههنا ليس موجبا شيئا من البرّ بمجرد لأنه لم يعقد يمينًا على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يمينًا ولأن الكفارة

أما إذا قال أقسم لأفعلن كذا أو على يمين أن أفعل كذا لا يصح لإقرارا فيجوز أن يقال قد تقدم أن العيين فقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو البرّك وهو موجود ، والمادة قد جرت بالعيين به ، قال الله تعالى - إذ أقسموا ليصرينها مصبحين - وقال تعالى - وأقسموا بالله جهد أيمانهم - وقال تعالى - يحلفون لكم ليرضوا عنهم - وقال تعالى - يحلفون بالله لكم ليرضوكم - وقال تعالى - قالوا نشهد أنك لرسول الله - وقال تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمرا جاز أن يكون المقسم به أيضا كذلك ، وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله . ثم اختلف في النية إذا لم يذكر اسم الله تعالى ، فقيل لا يحتاج إليها ، وقيل لابد منها لاحتمال العدة والعيين بغير الله

(قوله قال الله تعالى - إذ أقسموا - الخ) أقول : في تمام الاستدلال بقوله تعالى - إذ أقسموا - وقوله تعالى - يحلفون لكم - بحث ، تأمل (قوله وقيل لابد منها الخ) أقول : وسيجيء في الشارح في أوائل كتاب البيع ما يفي هذا القول .

لست ذنب هناك حرمة الاسم ، وليس في أقسم مجرد أهتك فكيف يوجب الكفارة . ثم أجاب بأن قوله أقسم الحق بقوله على يمين فإن ذلك يوجب الكفارة ذكره في النخبة وغيرها فقال : لو قال على يمين أو يمين الله فهو يمين ، وفي المتن : لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وإن نفي الكفارة صريحاً لأن قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها . ثم قال : وإنما كان كذلك لأن كلمة على للإيجاب ، فلما كان كذلك كان هذا إقراراً عن موجب اليمين وموجب البر إن أمكن وإلا فالكفارة ، ولم يمكن تحقيق البر ههنا لأنه لم يعقد يمينه على شيء فكان إقراراً عن الموجب الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة ، وبالإقرار يجب الحد فكذلك الكفارة ، وكذا في قوله على نذر فيه كفارة يمين على ما يجيء بعد هذا . فلما كان كذلك في قوله على يمين وعلى نذر كان في قوله أقسم عند قرآن الآية بالقسم كذا لأن أصله الحال في استعمال الفقهاء . ثم قال : وحاصل ذلك أن قوله أقسم لما كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة لم ينجح إلى وجوب البر ابتداء ولا إلى تصور هناك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بأن اليمين بذكر القسم عليه . وما ذكر في النخبة من أن قوله على يمين موجب للكفارة معناه إذا وجد ذكر القسم عليه ونقضت اليمين ، ولا شك في ذلك : وإنما ترك ذلك للعلم به ، فإن المقصود الذي يشتمل أن يخفى هو أن قوله على يمين هل يجري مجرى قول القائل والله أو لا ، فإما أن بمجرد ذكر ذلك يشتمل أن تجب الكفارة فلا يخفى فيه فيحتاج إلى التنصيص عليه . ألا يرى إلى قول محمد في الأصل وإن حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال والله أو بالله أو على عهد الله أو ذمته أو هو يهودي أو نصراني أو برىء من الإسلام أو قال أشهد أو أشهد بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو على نذر أو نذراؤه أو أعزم أو أعزم بالله أو على يمين أو يمين الله أو ما أفاد عين ذلك ، ثم قال : فلهذه كلها أيمان ، وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحث وجبت عليه الكفارة . وقد ذكر منها هو يهودي أو نصراني ، وأن يقول والله والله والله وتالله وحكم على كل منها أنه يمين ، ولم يلزم من ذلك أن بمجرد قوله والله أو قوله هو يهودي تلزمه الكفارة ، بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحث وجبت عليه الكفارة ، ولأن من الظاهر أن مجرد الإقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة إلا إن كان في القضاء لأنه يؤخذ بإقراره ، وليس الكلام في أن يقول : أقسمت عند القاضي بل لو أقر به كان سبيله أن يفتيه بقوله إن كنت صادقا فعليك الكفارة ، وإنما الكلام في الحنث في اليمين وهو الإنشاء ، والحق أن قوله على يمين إذا لم يزد عليه على وجه الإنشاء لا الإخبار يوجب الكفارة بناء على أنه ألزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله على نذر إذا لم يزد عليه فإنه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا ، بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء . والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية بغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى - يحلفون لكم لترضوا عنهم - وقوله تعالى - إذ أقسموا ليصرنها مصبحين - ولا يخفى على أحد أن قوله أقسموا إخبار عن وجود قسم منهم ، وهو لا يستلزم أن ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرنها ، فإتهم لو قالوا والله لنصرنها مصبحين لمصح أن يقال في الإخبار عنهم أقسموا ليصرنها ، ومثله في - يحلفون لكم لترضوا عنهم - لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلاً فضلاً عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى ، وإنما استدلل على ذلك بحديثه الذي رأى

(ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا) لأنه للحال . ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زم لا يكون يمينا لعدم التعارف . قال (وكذا قوله لعمر الله وایم الله) لأن عمر الله بقاء الله . وایم الله معناه أیمن الله وهو جمع یمن . وقيل معناه والله وایم صلة كالواو والخلف باللفظين متعارف : (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لأن العهد یمن . قال الله تعالى - وأوفوا بعهد الله - والميثاق عبارة عن

روايقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال أبو بكر انلذنی فلفظها فأذن له فعبها . ثم قال : أصبت يا رسول الله ، فقال أصبت وأخطأت . فقال أقسمت يا رسول الله لتخبرنی . قال لا أقسم هكذا رواه أحمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر (قوله ولو قال بالفارسية سوكندي خورم بخداي يكون يمينا) لأنه للحال لأن معناه أحلف الآن بالله ، ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لأنه مستقبل . ولو قال سوكند خورم بطلاق زم : يعني أحلف بطلاق زوجي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك (قوله وكذا قوله لعمر الله وایم الله) يعني يكون حالفا كما هو حالف في أقسم بالله وأخواته لأن عمر الله بقاؤه . وفيه ضم العين وفتحها إلا أنه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط ، بخلاف عمرو العلم فلما ألحقت للفرق بينه وبين عمر . والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو أن يوصف به لا بضده . فكأنه قال : وبقاء الله كقنطرة الله وكبريائه . وإذا أدخل عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر : أي لعمر الله قسمي ، وإن لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فقوله عمر الله ما فصلت يكون على حلف حرف القسم كما في الله لأفعلن ، وأما قولهم : عمره الله ما فصلت فعناه بإقرارك له بالبقاء ، ويبنى أن لا ينقد يمينا لأنه حلف بفعل المخاطب وهو إقراره واعتقاده ، وأما أيم الله فمعناه أیمن الله وهو جمع یمن على قول الأكثر فخفض بالحلف حتى صار أيم الله ثم خفض أيضا فقيل م الله لأفعلن وكذا فيكون ميا واحدة . وهذا نبي سيويه أن يكون جمعا لأن الجمع لا يبنى على حرف واحد . ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهزمة أیمن بالقطع ، وإنما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ، ومذهب سيويه أنها همزة وصل اجتنبت ليكن بها التعلق كهمزة ابن وامرئ من الأسماء الساكنة الأوائل . وإنما كان كل منهما يمينا لأن الحلف بهما متعارف . قال تعالى - لعمره إنيهم لفي سكرتهم يعمهون - وقال صلى الله عليه وسلم في حديث إمارة أسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في إمارته : إني كنتم تطعنون في إمارته فقد كنتم تطعنون في إمارة أبيه من قبل ، وایم الله إن كان يخليق للإمارة الحديث في البخاري (قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعني إذا أطلق عنيذا ، وكذا عند مالك وأحمد ، وعند الشافعي لا يكون يمينا إلا بالنية ، لأن العهد والميثاق

قال (وكذا قوله لعمر الله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله أقسم الخ . والعمر بالفتح والضم البقاء إلا أن الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم . قال في الميسوط : لعمر الله یمن باعتبار المعنى . قال الله تعالى - لعمره - والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقی (وایم الله) معناه أیمن الله وهو جمع یمن عند البصريين ، وقال البصريون : معناه الله وكلمة أيم صلة : أي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية . قوله (والخلف باللفظين) يريد به قوله لعمره وایم الله (متعارف) بخلاف بهما في العادة لم يردنهي من الشرع فيكون يمينا . وقوله (وكذا قوله عهد الله وميثاقه) ظاهر . ومن قال على : نذر أو نذر الله أن لا أفضل كذا كان يمينا

(قال المصنف : وكذا قوله لعمر الله وایم الله) أقول : قال العلامة الطيبي في شرح المشكاة في كتاب الإيمان والنور نقلا عن العرب :

العهد (وكلنا إذا قال على "نذر أو نذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين »

يحمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية ، وقوله تعالى - وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان - لا يفيد أن العهد يمين لجواز كونهما شيئين : الأمر بالإيفاء بالعهد ، والنهي عن نقض الأيمان الموكدة بأي معنى فرض النقض فاستدلواهم على أنها عين لأيم ، وهذا لأن إيجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم إيجاب الكفارة بإخلاف ماعقد عليه إلا لو ثبت في مكان آخر في الشرع أنه كذلك . قلنا : إن أهل التفسير لما جعلوا المراد بالأيمان هي العهود المتقدم ذكرها أو ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع إياها يمينا وإن لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يمينا وإن لم يكن فيه ذلك ، وأيضا غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرفان إليه فلا يصرفهما عنه إلا نية علمه ، فالخالات ثلاثة : إذا نوى اليمين أو لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين ، وإن قصد غير اليمين فليس يمين فيأبته وبين الله تعالى ، وكذا الذمة والأمانة كان يقول : ذمة الله أو وأمانة الله لأفعلن . واستدل على كونها يمينا بأنه صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث جيشا يقول « إذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فأرادوكم على أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم » فدل على أنها يمين ، ولا يخفى أنه لا يستلزم ذلك ، والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ، ولهذا يسمى الذي معاخلا ، والأمانة على هذا الخلاف . فعندنا ومالك وأحمد هو يمين ، وعند الشافعي بالنية فبرئت بالعبادات . قلنا : غلب إرادة اليمين بها إذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة . وأعلم أن في سنن أبي داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم « من حلف بالأمانة فليس منا » فقد يقال إنه يقتضي عدم كونه يمينا . والوجه أنه إنما يقتضي منع الحلف به ، ولا يستلزم ذلك أنه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله أعلم . ولو قال على "عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد ، ولو حنث لزمته كفارة واحدة . وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لأن كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبا إذا كرر الواو ، كما لو قال والله والرحمن والرحيم إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة . وعند الشافعي إذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الأيمان وإلا يكون الجمع بين الألفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة . قلنا : الواو للمعطوف وهو موجب للمغايرة (قوله وكلنا إذا قال على "نذر أو على "نذر الله) يعني يكون يمينا إذا ذكر المحلوف عليه بأن قال على "نذر الله لأفعلن أو لأفعلن ، وكذا حتى إذا لم يف بيمين حلف عليه لزمته كفارة يمين ، هذا إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كصوم أو صوم ، فإن كان نوى بقوله على "نذر إن فعلت كذا فربة مقصودة بصح النذر بها ففعل لزمته تلك الفربة . قال الجاكم : وإن حلف بالنذر فلأن نوى شيئا من حج أو عمره فعليه ما نوى وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ، ولا شك أن قوله صلى الله عليه وسلم « من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقا إلا أنه لما نوى بالطلاق في اللفظ فربة معينة كانت كالسبابة لأنها مسبة بالكلام النفسى ، فلما ينصرف الحديث إلى ما لا ينية معه من لفظ النذر ، فأما إذا قال على "نذر أو نذر الله ولم يزد على ذلك فهذه لم تجعله يمينا لأن اليمين إنما يتحقق بمحلوف عليه ، فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة ، فأما إذا ذكر صيغة النذر بأن

(لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين »

اليمين يجمع على يمين كريف يجمع على أرغف ، وإيم محلوف منه والمزمة قطع ، وهو قول الكوفيين وإليه ذهب الزجاج ، وعند سيبويه هي كلمة بنفسها وضمت القسم ليست جمعا لضم والمزمة فيها الوصل اهـ .

(وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا) لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول فى تحريم الحلال . ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ، ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل . وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودى . والصحيح أنه لا يكفر فيها إن كان يعلم أنه يمينا ، وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيها لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل

يقول لله على كذا صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو متعلقا به أو ذكر لفظ التدر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يومين معلقا أو منجزا فسيأتى فى فصل الكفارة ، فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر (قوله ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا) فإذا فعله لزمه كفارة بين قياسا على تحريم المباح فإنه يمينا بالنص ، وذلك أنه صلى الله عليه وسلم حرم مارية على نفسه ، فأنزل الله تعالى - يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة إيمانكم - ووجه الإلحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقد كفره فقد اعتقده : أى الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسى فعل كذا كدخول الدار . ولو قال دخول الدار مثلا على حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا إذا عرف هذا ، فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال إن كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهى يمينا الغموس لا كفارة فيها إلا التوبة ، وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الإسلام ؟ قيل لا ، وقيل نعم لأنه تنجيز معنى ، لأنه لما علقه بأمر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر .

ومن قال إن فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر أو مجوسى كان يمينا ، لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول فى تحريم الحلال) وهذا جواب من قال أنا برىء من الكعبة أو النبي صلى الله عليه وسلم فإنه يكون يمينا وإن كان ذلك كفرا لأنه اعتقد أن البراءة عن واجب الامتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا ، هذا هو الموعود فيها تقديم ، وقد روى عن محمد أنه إذا قال هو يهودى إن فعل كذا هو نصرانى إن فعل كذا فهما يمينا ، وإن قال هو يهودى أو نصرانى إن فعل كذا فهو يمينا واحدة ، لأن فى الأول كل واحد من الظنين قام بذكر الشرط وإنجزاه ، وفى الثانى كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة . وقوله (ولو قال ذلك لشيء قد فعله) يعنى لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض ، فإن كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه ، وإن كان يعلم أنه كاذب (فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل) يعنى كما لو حلف به على أمر فى المستقبل فإنه فى المستقبل كان يمينا يكفر ، ولا يكفر الحالف كذلك إذا كان فى الماضى (وقيل) وهو قول محمد بن مقاتل (يكفر لأنه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكانه قال هو يهودى . قال فى النهاية والصحيح أنه إذا كان عالما يعرف أنه يمينا فلا يكفر به فى الماضى والمستقبل ، وإن كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف فإنه يكفر فى الماضى والمستقبل لأنه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضى بالكفر .

(قوله وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول : الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لمنه لا لغيره كما لا يعنى (قوله هذا هو الموعود بالغ) أقول : أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله : ولقاتل أن يقول سلمنا أن التبري منهما إلى قوله : والجواب سيجىء .

(ولو قال إن فعلت كذا فعلى غضب الله أو مخط الله فليس بخلف) لأنه دعاء على نفسه ، ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف (وكذا إذا قال إن فعلت كذا فإنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا ، لأن حرمة هذه الأشياء تختمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف .

والصحيح أنه إن كان يعلم أنه عيّن فيه الكفارة إذا لم يكن عموسا لا يكفر ، وإن كان في اعتقاده أنه يكفر به بكفر فيها لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل الذى علق عليه كفره ، وهو يعتقد أنه يكفر إذا فعله . واعلم أنه ثبت في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف على عيّن بملة غير الإسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال » فهذا يترامى أعم من أن يعتقد . يميننا أو كفرا ، والظاهر أنه أخرج مخرج الغالب ، فإن الغالب ممن يخاف بمثل هذه الأيمان أن يكون من أهل الجهل لا من أهل العلم والخير ، وهؤلاء لا يعرفون إلا لزوم الكفر على تقدير الحنث ، فإن تم هذا وإلا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره (قوله ولو قال إن فعلت كذا فعليه غضب الله أو مخطه فليس بخلف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أى لا يلزم سببية الشرط له ، غاية الأمر أن يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكانه عند الشرط دعا على نفسه ، ولا يستلزم وقوع المدعى بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولأنه غير متعارف ، وكذا إن قال إن فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لا يكون يميننا ، أما أولا فلأن معنى العيّن أن يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل ، وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا لأنه لا يصير كذلك إلا بفعل مستأنف يدخل في الوجود ، ووجود هذا الفعل ليس لازما لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يميننا ، بخلاف الكفر فإنه بالرضاه يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد ، والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة . وأما ثانيا فلأن حرمة هذه الأشياء تختمل السقوط ، وهو المراد بقوله تختمل النسخ والتبديل . أما الخمر فظاهر ، وأما السرقة فعند الاضطرار إلى أكل مال الغير ، وكذا إذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تختمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة الاسم ، وهذا فيه نظر لأن كون الحرمة تختمل الارتفاع أو لا تختمله لا أثر له ، فإنه إن كان يرجع إلى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يختمل تحريمه الارتفاع . وإن لم يرجع إليه لا يكون يميننا ، ولا معنى لزيادة كلام لادخل له ، ولأنه ليس بمتعارف . أن يقال إن فعلت فإنا زان فلا يكون يميننا .

وقوله (لأن حرمة هذه الأشياء تختمل النسخ والتبديل) قال في النهاية : أما الزنا والسرقة فلأنهما لا تختملان النسخ ، ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح وملك العين فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعى نسخا وتبيلا ، وأما الخمر والربا فيختملان النسخ . أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالا ثم انتسخ ، وأما الربا فيختمل النسخ في نفسه وإن لم يرد النسخ في حقه ، ألا ترى أنه محل في دار الحرب . وأقول : في كلام المصنف لفنا ونفر على غير السنن ، وذلك لأن قوله نسخا متعلق بشرب الخمر وأكل الربا . وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر ، وهذا إفادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية لإعادة ، والحمل على الأولى أولى ، فإذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لأن حرمة لا يحمل في حال فلا يتحقق العيّن بذكر هذه الأشياء (ولأنه ليس بمتعارف) فلا يكون يميننا .

[فروع : في تعدد اليمين ووحدها وغير ذلك] إذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول والله الرحمن الرحيم ، أو يقول والله الله ، إلا أن تعليل هذا بأنه جعل الثاني تنجاً للأول مؤول ، وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله أو هو يرى من الله ورسوله وإن كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعدددها ، وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله والله فيضرع أنه لو قال والله والله والرحمن أنها ثلاثة أيمان ، أو هو يرى من الله وبرىء من رسوله فيمينان ، حتى لو قال هو يرى من الله وبرىء من رسوله والله ورسوله منه بريتان إن فعل كلنا فهي أربعة أيمان ، فيلزمه لفعل ما ساء أربع كفارات ، هذا كله ظاهر الرواية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لأن الواو الكائنة بين الأسماء للقسم لا للعطف ، وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية ، فلو قال بواوين كوالله والرحمن فكفارتان في قولهم . وروى ابن سباعة في غير المختلفة عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن الفضل قال : فإن نوى به المبالغة أو لم ينو شيئاً يلزمه كفارتان ، وقد مر في الإيلاء في التجريد عن أبي حنيفة : إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء . ولو قال حنيت بالثاني الأول لم يستقم في اليمين بالله سبحانه وتعالى ، ولو حلف بحجة أو عمره يستقيم ، وهذا يخالف ما روى الحسن . وفي الخلاصة عن نسخة الإمام السرخسي في أيمان الأصل : إذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن لا يفعله أبداً ثم فعله إن نوى يميناً مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعله كفارة يمينين ، أما إذا نوى بالثاني الأول فعله كفارة واحدة ، وقدمنا في الإيلاء : لو قال والله لا أكل فلاناً يوماً والله لا أكله شهراً والله لا أكله سنة إن كلمه بعد ساعة فعله ثلاثة أيمان لأنه انتعبد على تلك الساعة ثلاثة أيمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة ، فعله إذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات ، وإن كلمه بعد يوم فعله كفارتان لأن يمين اليوم اشتملت قبله فبقى على ذلك اليوم يمينان ، وإن كلمه بعد شهر كفارة واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ، وعرفت في الطلاق أنه لو قال إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق وقع عليها ثلاث تطليقات . وما في الأصل من أنه إذا قال هو يهودي هو نصراني إن فعل كلنا فهي يمين واحدة ، ولو قال هو يهودي إن فعل كلنا هو نصراني إن فعل كلنا فيمينان ، يفيد أن في مثله تعدد اليمين منوط بتكرار المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ، ولو قال أنا برىء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة ، وكذا لو قال هو برىء من التوراة والإنجيل والزبور والفرقان فهي يمين واحدة ، ولو قال هو برىء من التوراة وبرىء من الإنجيل وبرىء من الزبور وبرىء من الفرقان فهي أربعة أيمان ، ولو قال هو شريك اليهودي فهو كقول يهودي ولو قال برىء من هذه الثلاثين يوماً : يعني شهراً فمينان إن أراد عن فرضيتها يكون يميناً أو عن أجراها أو لم ينو شيئاً لا يكون يميناً ، والاحتياط هو يمين ، ولو قال من الصلاة التي صليتها وحشت لا يلزمه شيء بخلاف قوله من

(فصل في الكفارة)

قال (كفارة العيّن عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد ، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار)

القرآن الذي تعلّمت . واختلف في برئ من الشفاعة . وفي مجموع النوازل : الأصح أنه ليس بيمين . ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف . وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر : إن كلمت فلانا فقبلك حرّ فقال نعم إلا بإذناك فهذا إن كالمه بغير إذنه يحنث ، ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال لآخر نعم ، فإن أراد المبتدئ الحلف وكذا الحبيب فهما حالفان على كل منهما كفارة إن لم يفعل الحبيب لأن قوله نعم جواب وهو يستدعي إعادة ما في السؤال فكانه قال نعم والله لأفعلن كذا ، وإن نوى المبتدئ الاستحلاف والحبيب هو الحالف ، وإن لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو الحبيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدئ ، وإن أراد المبتدئ الاستحلاف فأراد الحبيب أن لا يكون عليه يمين ، وأن يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ، ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك ، ولو قال للمديونة إن لم تقض ديني غدا فامراتك طالق فقال المديونة نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه العيّن ثانيا فتطلق ثنتين وإن دخل بينهما انقطاع . في الفتاوى وفي مجموع النوازل : قال لآخر والله لا أجبي إلى ضيافتك فقال لآخر ولا تجبي إلى ضيافتي فقال نعم يصير حالفا ثانيا .

(فصل في الكفارة)

الكفارة فعالة من الكفر وهو السرّ وبه سمي الليل كافرا قال : • في ليلة كفر النجوم محامها • وتكفر بشوبه اشتمل به وإضافتها إلى العيّن في قولنا كفارة العيّن إضافة إلى الشرط مجازا . وعند الشافعي إضافة إلى السبب فالعيّن هو السبب وسيدكر المصنف المسئلة (قوله كفارة العيّن عتق رقبة) أي إعتاقها لا نفس العتق ، فإنه لو ورث من يعتق عليه فتوى عن الكفارة لا يجوز (ويجزى فيها ما يجزى في الظهار) وتقدم المجزى في الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغيرة ، ولا يجزى فائت جنس المنفعة ، بخلاف غيره فتجزي العوراء لا العمياء ومقطوع لإحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين ، وفي الأصم اختلاف الرواية . والأصح أنه إذا كان بحيث إذا صبح عليه يسمع جاز ، ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ، وفيمن يفيق ويمن يجوز ، ولا المدبرة وأم الولد لأنهما لاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيها ، بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز ، بخلاف الذي أدى بعض شيء لأنه كالمعتوق بعوض (وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد) يعني إن كسا ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه ما يجوز فيه الصلاة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين) كالإطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر أو صاع من تمر

(فصل في الكفارة)

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة ، لكن هي موجب العيّن عند الانقلاب

(فصل في كفارة العيّن)

والأصل فيه قوله تعالى - فكفارتها إطعام عشرة مساكين - الآية ، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة . قال (فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله : يخير لإطلاق النص . ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخير المشهور ،

أوشعر ذكره الكرخي بإسناده إلى عمر رضى الله عنه قال : صام من تمر أو شعير ونصفه من بر . وبإسناده إلى علي رضى الله عنه قال : كفارة العين نصف صاع من حنطة . وبسنده إلى الحسن رضى الله عنه قال : يغديهم ويعشيهم . وبإسناده إلى مجاهد قال : كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين . ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوكة سنا لم يجز عن إطعام مسكين ، ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز إلا أنه إن كان برًا لا يشترط الإدام ، وإن كان غيره فيأدام . ويجوز في الإطعام كل من التاميل والإباحة وتقدم (والأصل فيه قوله تعالى - فكفارتها إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة - وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة) وللعبد الخيار في تعيين أيها شاء ، ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمثلة طويلة في الأصول ، ودخل فمين لم يقدر على العتق والكسوة والإطعام العبد فلا يكون كفارة عينه إلا بالصوم . ولو أعتق عنه مولا أو أطمع أو كسا لا يجز به وكلنا المكاتب والمستنسى ، ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال (قوله فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة) من الإعتاق والكسوة والإطعام (كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات . وقال الشافعي : يخير بين التتابع والتفريق (لإطلاق النص) وهو قوله تعالى - فصيام ثلاثة أيام - وهو قول مالك ، وفي قول آخر شرط التتابع وهو ظاهر مذهب أحمد (ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه - فصيام ثلاثة أيام متتابعات - وهي كالخير المشهور) لشهرتها على ما قيل إلى زمن أبي حنيفة رضى الله عنه ، والخير المشهور يجوز تقييد النص القاطع به بغير ذلك المطلق به . فإن قيل : الشافعي كان أولى بذلك منكم لأنه يجعل المطلق على التقيد وإن كانا في حادثتين وأنتم تحملونه في حادثة ثم إنكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه في صدقة البطر في قوله « أدوا عن كل جر » وعبد « وقوله « أدوا عن كل وعبد من المسلمين » . أجيب عنا بأننا إنما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوباً بقيد زائد على المطلق وبقيد لإطلاقه للثاني بينهما ، فإن الأول يقتضى أن لا يجوز إلا بقيد التتابع ولا يجزى التفريق والثاني يقتضى جوازه مفرقا كجوازه متتابعاً ، وإذا وجب القيد الأول لزمه انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة ، وهذه الضرورة متنفية في صدقة البطر لورود النصين المطلق والتقيد في الأسباب ، ولا منافاة في الأسباب فيكون كل من المطلق والتقيد سبباً ، وهذا كلام يحتاج إلى تحقيق . وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب إلا للضرورة وهي المعارضة بين المطلق والتقيد ولا معارضة بينهما إلا لو قلنا بفهمهم المخالفة فإنه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الأداء عنه مسلماً كان أو كافراً . والحاصل من التقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سبباً لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم ، فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ، ولزم أن المراد أن المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكننا لم نقل به فبقى مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره

لأن العيين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث ، وكلما هو واضح ، وكون الواجب أحد الأشياء على التخيير أو واحداً معينا عند الله وإن كان مجهولاً عندنا ، وعدم حمل الشافعي المطلق على التقيد على ما هو من

ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد . وعن أبي حنيفة وآبي يوسف رحمهما الله أن أدناه مايسر عامة بدنه حتى لايجوز السراويل ، وهو الصحيح لأن لابس يسمى عريانا في العرف ، لكن لايجزىه عن الكسوة يجزىه عن الطعام باعتبار القيمة

سبب . وأجابوا عما لزم الشافعي رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة مجازية أصلان في التابع وعلمه ، فحمل المطلق على المتبد بالتابع في كفارة القتل يوجب التابع ، وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل بإطلاق نص الكفارة (قوله ثم المذكور في الكسوة في الكتاب) أى المبسوط أو مختصر القلورى (في بيان أدنى الكسوة) المسقطه للواجب من أنه مايجوز فيه الصلاة (مروى عن محمد رحمه الله فيجزىه دفع السراويل ، وعنه تقييده بالرجل ، فإن أعطى السراويل امرأة لايجوز لأنه لايصح صلاتها فيه) وعن أبي حنيفة وآبي يوسف إن أدناه مايسر عامة بدنه ، ولايجوز السراويل على هذا وهو الصحيح ، لأن لابس السراويل يسمى عريانا عرفا (فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصا أوجبة أرداء أو قباء أو إزارا سابلا بحيث يتوشع به عند أى حنيفه وآبي يوسف وإلا فهو كالسراويل . ولايجزى العمامة إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب يجزى مما ذكرنا جاز . وأما القنوسة فلا تجزى بحال ، وإن كان قد روى عن عمران بن الحصين أنه سئل عن ذلك فقال : إذا قدم وفد على الأمير أعطاهم قنوسة قنوسة قبل قد كساهم فلا عمل على هذا . وعن ابن عمر رضى الله عنه : لايجزى أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء . وعن أبي موسى الأشعري ثوبان . قال الطحاوى : هذا كله إذا دفع إلى الرجل ، أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لأن صلاتها لا يصح دونها ، وهذا يشابه الرواية التى عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكتفى . وهذا كله خلاف ظاهر الجواب ، وإنما ظاهر الجواب ما ثبت به اسم المبكسى ويتفق عنه اسم العريان ، وعليه بنى عدم أجزاء السراويل لاحصاء الصلاة وعلمها فإنه لا دخل له في الأمر بالكسوة ، إذ ليس معناه إلا جعل الفقير مكنتيا على ما ذكرنا ، والمرأة إذا كانت لابس قميصا سابلا وإزارا وخمارا غطى رأسها وأذنها دون عنقها لاشك في ثبوت اسم أنها مكنتية لاعتباته ، ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا ، ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند إرادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث ، فلو كان موسرا عند الحنث ثم أعسر عند التكفير أجزاء الصوم عندنا وبمكسه لايجزىه ، وعند الشافعي على القلب فاقسه على الحد فإن المعتبر وقت الوجوب للتخفيف بالرق . وقلنا : الصوم خلف عن المال كالتيتم فلما يعتبر فيه وقت الأداء ، أما حد العبد فليس يبدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه (قوله لكن ما لايجزىه الخ) يعنى لو أعطى الفقير ثوبا لايجزىه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب مجزى وقيمة تبلغ قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزاء عن إعطاهم فقير من الكفارة ، وكذا إذا أعطى عشرة مساكين ثوبا كثيرا لا يكتفى كل واحد حصته منه للكسوة ،

مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة . وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روى في نواحر ابن مناعة أنه يجوز ، وفي رواية أخرى إن أعطى السراويل المرأة لايجوز ، وإن أعطى الرجل يجوز لأن المعتبر رد العرى بقدر مايجوز به الصلاة ، لأن سر العورة فرض لايجوز الصلاة بدونه ، أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدش فلا يؤخذ عليه في الكسوة كما لا يؤخذ عليه الإدام في الطعام . وقوله (لكن ما لايجزىه عن الكسوة يجزىه عن الطعام باعتبار القيمة) يعنى لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لأن الاكتساء لا يحصل به ولكنه

(وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعي : يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين

وتبلغ حصّة كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزاءً عن الكفارة بالإطعام ، ثم ظاهر المذهب أنه لا يشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوى به عن الإطعام . وعن أبي يوسف : لا يجزى به إلا أن ينويه عن الإطعام . وعند زفر لا يجزيه نوى أو لم ينو . واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم « وإنما لكل امرئ ما نوى » فإذا لم ينو عن الإطعام لا يقع عنه ، ولأنه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث ، فإذا اختار أحدها صار كأنه هو الواجب ابتداءً وتحتي الآخران . والجواب أنه إن أراد أنه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول ، وقوله صلى الله عليه وسلم « وإنما لكل امرئ ما نوى » دليله فلا ينصرف المؤدى طعاماً أو كسوة إلى كونه كفارة إلا بنية ، وإن أراد أنه لا بد أن ينوى التكفير بالإطعام والتكفير بالكسوة مثلاً فمنوع فإن الواجب التكفير بأحد الأشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل النفع الذي هو نفس الواجب ، فإذا دفع أحدها نأوى الامتنال فقد تم الواجب سواء كان يصح إطعاماً أو غيره مما هو أحد الثلاثة ، ولو توقف السقوط على أن ينوى بدفع أحدها أنه عن الآخر إذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوى كل حصلة في نفسها فيجب أن ينوى في الإطعام أنه إطعام وفي دفع الثوب أنه كسوة ولا حاجة إلى ذلك ، بل المحتاج إليه نية الامتنال بالفعل إذا كان مما يصلح للإسقاط بوجه وقد نوى الإسقاط فانصرف إلى ما به الإسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على أن كونه مختاراً للكسوة إذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع ، وقد طرأ بالفرق بين هذا وبين ما إذا أعطى نصف صاع عرف في صدقة الفطر قيمته نصف صاع برأ لا يجزى عنه بطريق القيمة . وأوجب بأن جنس الكفارة في الثمر والبر متحد منصوب عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير ، بخلاف الكسوة مع الإطعام فإنهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجواز جعل إحداهما عن الأخرى ، وإنما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوباً صغيراً نفيساً تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزى عن الكسوة ينبغي أن لا يجزى عن الكسوة بل عن الإطعام (قوله وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه ، وقال الشافعي : يجزيه بالمال) دون الصوم (لأنه أدى بعد السبب وهو اليمين) وإنما كان السبب للكفارة هو اليمين لأنه أضيف إليه الكفارة في النص بقوله تعالى - ذلك كفارة أيمانكم - وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث ، والإضافة دليل سببية المضاف إليه للمضاف الواقع حكماً شرعياً أو متعلقه ، كما فيها نحن فيه ، فإن الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب ، وإذا ثبت سببته جاز تقديم الكفارة على الحنث لأنه حينئذ شرط . والتقدم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعاً ، كما جاز في الزكاة تقديمها على الخول بعد السبب الذي هو ملك النصاب ، وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ، ومتقضى هذا أن لا يترق المال والصوم وهو قوله القديم ، وفي الجدي لا يقدم الصوم لأن العبادات البدنية لا تقدم على الوقت : يعني أن تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعاً إلا في المسالية كالزكاة

يجزى من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة ، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلاهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لأنه لا يكتبى به كل واحد منهم ولكن يجزى من الطعام . وهل يشترط النية أولاً ؟ ذكر شيخ الإسلام في ظاهر الرواية أنه يجزى به نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو . وعن أبي يوسف : إذا نوى أن يكون عن الطعام يجزى به عن الطعام وإن لم ينو يجزه (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) . وقال الشافعي : يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين) لأنها تضاعفت إلى

فأشبه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة لسر الجنابة ولا جنابة ههنا ، واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض ، بخلاف الجرح لأنه مفض .

فيقتصر عليه ، وذهب جماعة من السلف إلى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الأحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا أن الكفارة لسر الجنابة) من الكفر وهو السر قال القائل :
 • في ليلة كفر النجوم عمامها • . وبه سعى الزارع كافرا لأنه يستر البذر في الأرض (ولا جنابة) قبل الحنث لأنها منوطة به لا باليمين لأنه ذكر الله على وجه التعظيم ، ولذا أقدم النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة على الأيمان وكون الحنث جنابة مطلقا ليس واقعا إذ قد يكون فرضا ، وإنما أخرج المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من إختلاف المخاوف عليه . والحاصل أن السبب الحنث ، واليمين ليست بسبب لأن أقل ما في السبب أن يكون مفضيا إلى لاسم الله عليه ، وهذا بعيد أن السبب الحنث ، واليمين ليست بسبب لأن أقل ما في السبب أن يكون مفضيا إلى السبب واليمين ليس كذلك لأنه مانع عن عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا إليه . نعم قد يتفق تحققة اتفاقا لاعتناء اليمين للعالم بأن نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحالف على تركه ، بخلاف الجرح فإنه مفض إلى التلف فلزم أن الإضافة المذكورة لإضافة إلى الشرط ، فإن الإضافة إلى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الإحرام وصدقة الفطر . على أنه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك في أن الحنث شرط الرجوع للقطع بأن الكفارة لا تجب قبله وإلا وجبت بمجرد اليمين ، والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا ، فهذا مقتضى الدليل وقطع الشرع على خلافه في الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على موبرده فلا يلحق غيره به . فإن قيل : قد ورد السمع به في قوله صلى الله عليه وسلم « فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير » قلنا : المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمره قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك واتت الذي هو خير » وفي مسلم من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير » وحديث البخاري وليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم إلا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو ، فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمره في أبي داود قال فيه « فكفر عن يمينك ثم أتت الذي هو خير » وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حلا لتأويل الأقرب إلى الغلط على الكثير . ومن ذلك حديث عائشة في المستدرک و كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال : لا أحلف على يمين ، إلى أن قال : إلا كفرت عن يميني ثم أتيت الذي هو خير » وهذا

اليمين ، يقال كفارة اليمين ، والواجبات تضاعف إلى أسبابها حقيقة ، والأداء بعد السبب جائز لا محالة (فأشبه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة لسر الجنابة ولا جنابة ههنا) لأنها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث . وقوله (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين . ووجهه أن السبب ما يكون مفضيا ، واليمين غير مفض إلى الكفارة لأنها تجب بعد نقضها بالحنث ، وإنما أضيفت إليها لأنها تجب بحث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم (بخلاف الجرح لأنه مفض) إلى الموت .

(ثم لا يسترد من المسكين) لوقوعه صدقة . قال (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلى أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذی هو خير ثم ليكفر عن يمينه »

في البخارى عن عائشة أن أبا بكر كان إلى آخر ما في المستدرک ، وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار ، وقد شدت رواية ثم خلفتها روايات الصحيحين والسنن والمسند فوصل على تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الأكثر : يعنى من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والإتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المقاد بالفاء بخلة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة ، فإن المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الأمرين ، وهكذا قلنا في قوله تعالى - فاعسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق - الآية ، وهذا لأن الروا لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفع الأمرين فيكون المعقب الأمرين ، ثم وردت روايات بعكسه : منها ما في صحيح مسلم من حديث عدی بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » ومنها حديث رواه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه » ومنها ما أخرجه النسائي : أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان ، حدثنا أبو الزعرار عن عمه أبي الأحوص عن أبيه قال « قلت يا رسول الله رأيت ابن عمي آتية أسأله فلا يعطيني ولا يصلي ثم يحتاج إلى فيأتي ويأثني وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله ، فأمرني أن آتي الذي هو خيرا أو أفكر عن يميني » ورواه ابن ماجه بنحوه ، ثم لو فرض صحة رواية « ثم » كان من تغيير الرواية ، إذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرها من كتب الحديث بالواو ، ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه ، فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب الحديث منها دون ثم . وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلا : أعني قوله « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه » إلا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك ، وهذا لفظ اليمين في قوله صلى الله عليه عليه وسلم « من حلف على يمين » مجاز من إطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لأن اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد (قوله لا يسترد من المسكين) يعنى إذا دفع إلى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجوز به فليس له أن يستردها منه لأنه تحملك لله قصد به القرية مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويطلعه (قوله ومن خلف على معصية مثل أن لا يصلى أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث) أى يجب عليه أن يحنث (نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها

وقوله (ثم لا يسترد من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجوز : يعنى وإن لم يقع كفارة إذا دفع إلى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لأنه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ، ولم يحصل الأول لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلى أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذی هو خير ثم ليكفر عن يمينه ») معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لأن اليمين مركبة من (قال للمصنف : ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) أقول : فإنه أعون للشرين والركابة واجب إذا لم يكن به من أحدهما ، وفي أوائل كتاب اللغات من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجع .

ولأن قتلناه تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة

فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا (ولأن قتلناه) من تحنيت نفسه (تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة) وثبت جابر الشيء بكتيوت نفسه فكان المتحقق البر (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه وهو تحنيت نفسه وضد تحنيت نفسه هو أن يبر في يمينه بفعل المعصية فإنه حينئذ تنقضي المعصية دون جابر يجبرها ، وأعلم أن المخلوف عليه أنواع : فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو في غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه ، فإن الحنث أفضل لأن الزفق أئمن وكذا إذا حلف ليضرب عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه إن لم يوافه غدا لأن الضو أفضل ، وكذا تيسير المطالبة أو على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى ، ولو قال قائل إنه واجب لقوله تعالى - واحفظوا أيمانكم - على ما هو المختار في تأويلها أنه البر فيها أمكن (قوله وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة عليه ، فالمراد حكم الحنث للمهود ، وكذا إذا حلف مسلما ثم ارتد

مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لأفعلن أو لا أفعلن فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض . وفي وجه الاستدلال به نظر لأنه قال : ورأى غيرها خيرا منها ، فالمدعى مطلق ، والدليل مشروط برؤية غيره خيرا . والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا إلى حاله . وقوله (ولأن قتلناه) يعني أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق خلل الجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلناه فتصلح الكفارة جارية (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه أي لا جابر للمعصية الجنبت فيها قاله الشافعي لأن الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جارية لذلك الحنث لأن الجابر لا يتقدم ، كذا في النهاية . وقال في بعض الشروح : ولأن قتلناه : أي في تحنيت النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر إلى جابر والجابر هو الكفارة ، والفوات إلى جابر . كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلاما معصية لوجود الجابر ، أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لما فتكون المعصية قائمة لا عمالة ، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه ، وكلا الوجهين صحيح والثاني أنسب (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث) أي لا كفارة (عليه) وقال مالك والشافعي : يكفر بالمال لأن اليمين تعقد للبر وهو من أهله لأنه إنما يتحقق من يعتقد تعظيم حرمه اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات (ولأن أنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما) إذ الكفر إهانة واستخفاف بالخالق وهو يناقض التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة) بخلاف الاستخفاف في الدعاوى والخصومات فإن المقصود منه ظهور حق المدعى بالنكول أو الإقرار ، والكفر لا يناقض ذلك

(قوله فكان من باب ذكر الكل الخ) أقول : أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه .

(ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصح محرما وعليه إن استباحه كفارة بين)

ثم أسلم فنحن لا يلزمه شيء ، وعلى هذا الخلاف إذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء . عندنا بعد الإسلام ولا قبله ، وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لأنه أهل لإيجابه دون الصوم لأنه عبادة وليس أهلا لها ، وصار كالعبد لما تعلل عليه الكفارة بالمال تعين عليه إحدى الخصال ، فكذا هذا لما تعلل عليه الصوم تعين ماسواه ، وأيضا هو أهل للبر فإنه يعتقد خروعة اسم الله سجل وعلا ويمتنع عن إخلال ماعقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوى ويدخل في المال العتق فإنه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد إسقاط المالية ، ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : يا رسول الله إنى نلرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام . وفي رواية : يوما ، فقال : أوف بنترك » وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم : « تبرأكم يهود بنحسين يمينا » ولنا قوله تعالى - إنهم لا أيمان لهم - وأما قوله بعده - نكثوا أيمانهم - فبمعنى صور الأيمان التي أظهرها . والحاصل لزوم تأويل إما في - لا أيمان لهم - كما قال الشافعي أن المراد لا يافعها بها أو في - نكثوا أيمانهم - على قول أبي حنيفة أن المراد ما هو صور الأيمان دون حقيقتها الشرعية وترجع الثاني بالفقه ، وهو أنا نعلم أن من كان أهلا لليمين يكون أهلا للكفارة ، وليس الكافر أهلا لها لأنها إنما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من إثم الحنث إن كان ، أو ما وقع من إخلال ماعقده عليه اسم الله تعالى لإقامة لواجبه ، وليس الكافر أهلا لفعل عبادة . وقولهم إيجاب المال والعتق يمكن تجريداه عن معنى العبادة ليس بشيء لأن ذلك في إيجاب المال والعتق من حيث هو إيجابهما ، والكلام في إيجابهما كفارة ، وإيجابهما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا ، إذ لو فصل لم يكن كفارة لأن ما شرع بصفة لا يثبت شرعا إلا بتلك الصفة وألا فهو شيء آخر ، وأما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم « تبرئكم يهود بنحسين يمينا » فالمراد كما قلنا صور الأيمان ، فإن المقصود منها رجاء النكول ، والكافر وإن لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعى المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع ألزامه بصورتها لهذه الفائدة . وما في الهداية من أنه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح إلا أن يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « أوف بنترك » فالشهور من مذهب الشافعي أن نذر الكافر لا يصح ، فلا استدلال به كاللجاج وهم يؤثرون أنه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الإسلام لاعل أنه الواجب بالنذر دعا إلى هذا العلم أن الكافر ليس أهلا لقربة من القرب فليس أهلا لالتزامها ، ألا ترى أنه لو فعلها لم تصح منه ، وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم ، لا لإضعاف العذاب . وقول الطحاوى : إنه ليس مقربا إلى الله تعالى بل إلى ربه الذى يعبد من دون الله إنما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنزله الذى أشرك به فقيه قصور عن محل النزاع (قوله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه) كهذا القوب على حرام أو هذا الطعام أو هذه البخارية أو النارية (لم يصح محرما وعليه إن استباحه كفارة بين) وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فإنه جارئ نحو كلام زيد على

قال (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبى هذا أو طعنى هذا ، (لم يصح محرما ليعينه وعليه إن استباحه) أى إن فعل شيئا مما حرمه قليلا أو كثيرا حثت ووجبت الكفارة

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه : لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا يعتد به تصرف مشروع وهو البين . ولنا أن اللفظ ينفي عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب البين فيصار إليه ،

حرام ، ولو أريد بلفظ شيئا ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على "حرام لطعام لا يملكه ، لأنه حرام عليه التصرف فيه مع أنه يصير به حافلا، حتى لو أكله حلالا أو حراما لزمته الكفارة . والحاصل أن حرمة لا تمنع تحريمه حلفا ، ألا يرى إلى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على "حرام أن المختار للفتوى أنه إن أراد به التحريم : يقي الإنشاء تجب الكفارة إذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر ، وإن أراد الإخبار أو لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لأنه أمكن تصحيحه إخبارا ، والمقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة ، عند أحدهما يحنث مطلقا ، وعند الآخر لا يحنث من غير نظر إلى نية ، ولو قال الخنزير على "حرام فليس يمين إلا أن أن يقول إن أكلته ، وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه . واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان انصراف البين إلى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو - حرمت عليكم أمهاتكم - وحرمت الخمر والخنزير أنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل ، ولذا قال في الخلاصة : لو قال هذا الثوب على "حرام فليس حنث إلا أن يتوى غيره ، وإن قال إن أكلت هذا الطعام فهو على "حرام فأكله لا يحنث ، وذكر في المتن : لو قال كل طعام آكاه في منزلك فهو على "حرام ففي القياس لا يحنث إذا أكله ، هكذا روى ابن سباعة عن أبي يوسف ، وفي الاستحسان : يحنث ، والناس يريدون بهذا أن أكله حرام انتهى . وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله إن أكلت هذا فهو على حرام أن يحنث إذا أكله ، وكذا ما ذكر في الحيل إن أكلت طعاما عندك أبدا فهو حرام فأكله لم يحنث ينبغي أن يكون جواب القياس . ولوقال لقوم كلامكم على "حرام أبيهم كلم حنث . وفي مجموع التوازل : وكذا كلام فلان وفلان على "حرام يحنث بكلام أحدهما ، وكذا كلام أهل بغداد ، وكذا أكل هذا الرقيق على "حرام يحنث بأكل لقمة ، بخلاف ما لو قال والله لا أكلهم لا يحنث حتى يكلمهم . وفي الخلاصة : لو قال هذا الرقيق على "حرام حنث بأكل لقمة . وفي فتاوى قاضيخان : قال مشايخنا رحمهم الله : الصحيح أنه لا يكون حائفا لأن قوله هذا الرقيق على "حرام بمنزلة قوله والله لا أكل هذا الرقيق ، ولوقال هكذا لا يحنث بأكل البعض . وإن قالت لزوجها أنت على "حرام أو حرمك يكون يميناً ، فلو جامعها طائفة أو مكرهة يحنث ، بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل لا يحنث ، ولو قال للدارم في يده هذه الدراهم على "حرام إن اشتري بها حنث ، وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف (قوله وقال الشافعي رحمه الله : لا كفارة عليه) يعني إلا في الجوارى والنساء ، وبه قال

(وقال الشافعي : لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لا يعتد به تصرف مشروع وهو البين) كعمومه وهو تحليل الحرام (ولنا أن اللفظ ينفي عن إثبات الحرمة) فلما أن ثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لأنه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (بإثبات موجب البين) وفي إعمال اللفظ والمصير إلى إعمال اللفظ عند الإمكان واجب فيصار إليه . وبهذا التقرير يتبصر ما قيل إن بين قوله لم يصح محرما وبين قوله وعليه إن استباحه تناقيا لأن الاستباحة إنما تستعمل فيما إذا كان ثمة بتحريم . وقوله لم يصح محرما يتنافى ، وذلك لأن قوله لم يصح محرما معناه محرما لعينه . وقوله إن استباحه إشارة إلى الحرمة لغيره . وعورض بأن البين إما أن يذكر مقسم به

ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حثت ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه .

مالك ، لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا يتعقد به تصرف مشروع وهو العيين ، إلا أن الشرع ورد به في الجوارى والنساء في معناها فيقتصر على مورد ، والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى - يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك إلى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - فبين سبحانه أنه صلى الله عليه وسلم حرم شيئا مما هو حلال ، وأنه فرض له تحلته فبعد عن ذلك بقوله - تحلة أيمانكم - وعلم أنه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له بينا فيها الكفارة غير مفيد لأن الكلام الآن في تخصيصه بمورده أو تعميمه . أجب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله - ما أحل الله لك - وقد يدفع بأن المراد به خصوص ما وقع تحريمه : أى لم حرمت ما كان حلالا لك ، ولذا قال - تبتنى مرضات أزواجك - وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير ، بل الجواب أنه كما ورد أنها أنزلت في تحريم مارية ورد أنها أنزلت في تحريم العسل . في الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها - وكان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عصلا فتواصيت أنا وفحصه على أن أبتنا إن دخل عليها فلتقتل إني أجد منك ريح مغافير فدخل على إحدانا فقالت له ذلك فقال : لا ، بل شربت عصلا عند زينب ولن أعود إليه فزلت - يا أيها النبي لم تحرم - وهذا أولى بالاعتبار لأن رواه صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحيث لا مانع من كون نزولها في الأمرين جميعا وقوله تعالى - تبتنى مرضات أزواجك - وإن كان ظاهرا في أنها في تحريم مارية لأن مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك أنه أيضا في ترك شربه عند الضرورة . فإن قيل : إنه روى - أنه قال والله لأذوقه - فلذلك سمى تحريما ولزمت التحلة . أجب بأنه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقتد به بحكم النص . واعلم أن الذى في الحديث الصحيح هو قوله - ولن أعود إليه - ولا شك أن هذا ليس يبين موجب للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد أن الواقع منه كان بينا وجب الحكم بأنه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قول آخر لم يرو في تلك الرواية ثبت به العيين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم ، إلا أن لفظ حرم على نفسه ظاهرا في إرادة قال حرمت كلها ونحوه ، بخلاف الحلف على تركه . وحاصل الوجه الذى اقتصر عليه للصنف وهو أن لفظه ينهى عن إثبات الحرمة ، وقد أسكن إعماله بإثبات حرمة : أى حرمة ذلك الشيء لفيره وهو العيين بإثبات موجب العيين وهو البر إذا لم يفعل الكفارة إن فعله صوتا لكلامه عن الإلغاء فضلا من الله عليه فمع المعنى المذكور النساء وغيرهن (قوله ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حثت ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة) في قوله وعليه إن استباحه كفارة عين ، وبه عرف أن مراده بقوله لم يصرح ما عليه المحرم لنفسه وإلا لم يصح قوله استباحه ، وإنما يحث بالقليل والكثير (لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه) فيتناول جزء يلزمه الحث ، وهذا بخلاف ما تقدم

وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم ، أو بأن يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بوجود فكيف صار بينا . وأجب يسقطها بقوله تعالى - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - بعد قوله - لم تحرم ما أحل الله لك - في تحريم العسل أو تحريم مارية ، أطلق الأيمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الأيمان ، والرأي لا يعارض النصوص السمعية .

(ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك) والقياس أن يحث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه . هذا قول زفر رحمه الله تعالى . وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم . وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيها يتناول عادة . ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم . وإذا نواها كان إيلاء ولا تنصرف اليقين عن المأكول والمشروب . وهذا كله جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى .

من قوله والله لا أكلمهم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضيخان عن المشايخ (قوله ولو قال كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك) فإذا أكل أو شرب حث ولا يحث بجماع زوجته (والقياس أن يحث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الجفنين (وهو قول زفر) بناء على انقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم) والظاهر أنه لم يقصد للحث ابتداء : أي لا يكون الغرض من عقد اليقين الحث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرامة العموم (وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه) أي هذا اللفظ (يستعمل فيها يتناول عادة) وهو الطعام والشراب ، فظهر ، أن ما قيل إنه تعمّر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصبح إذ ليس بمجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حل على ما تعرف فيه اللفظ (ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم) في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ ، فإذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الإرادة ، بخلاف نحو إسقي إذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية ، فلو وقع كان بمجرد النية (وإذا نواها كان إيلاء) لأن الحلف على قربانها إيلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فأبها فعل حث ، وإذا كان إيلاء فهو إيلاء مؤبد ، فإن تركها أربعة أشهر بانت إلى آخر أحكام الإيلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أي مشايخ بلخ كآبي بكر الإسكافي وآبي بكر بن أبي سعيد والفقهاء أبي جعفر (قالوا يقع به الطلاق منجزا لغلبة الاستعمال) في الطلاق فينصرف إليه من غير نية ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث . قال المصنف : وعليه الفتوى . وقال البرزوي في مبسوطه : هكذا قال مشايخ سمرقند ، ولم يتضح لي عرف الناس

(ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك ، والقياس أن يحث كما فرغ) لأن قوله هذا في قوة أن يقال والله لأفعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحث (وهو قول زفر . وجه الاستحسان أن اليقين تعمّد البر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم) لامتناع أن لا يتنفس وأن لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم فيصاري إلى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فإن العادة جارية باستعماله في المتأولات (و) إذا لم يكن العموم مرادا (لا يتناول المرأة إلا بالنية) وإذا نواها كان إيلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه : والله لا أقربك ، وهو من صور الإيلاء (وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ) كآبي بكر الإسكافي وآبي بكر بن أبي سعيد والفقهاء أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى)

وكذا ينبئ في قوله حلال بروى حرام العرف . واختافوا في قوله هرجه بدست راست بروى حرام أنه هل تشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية العرف (ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء)

في هذا لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ، ولو كان العرف مستغنياً في ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة ، فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا ويقول إن نوى الطلاق يكون طلاقاً ، فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يفتى الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين . واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كآكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة ، وتعارفوا أيضاً الحرام يلزم مني . ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقاً فإنهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلن ، وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزم مني لا أفعل كذا فإنه يراد به إن فعلت كذا فهي طالق ويجب إمضاؤه عليهم . وفي التهمة : لو قال حلال الله على حرام أو قال حلال خدائي وله امرأة ينصرف إليها من غير نية وعليه الفتوى ، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة . قال المصنف : وكذا ينبئ في حلال بروى حرام العرف : يفتى بيقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا في قوله هرجه بدست راست كيرم بروى حرام أنه هل يشترط النية أولاً ، والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية العرف قال في الخلاصة : لا يصدق أنه لم ينو ، ولو قال هرجه بدست راست كيرفته أم فهو بمنزلة قوله كيرم . ولو قال هرجه بدست حب كيرم ، في مجموع النزاع : لا يكون طلاقاً وإن نوى . ولو قال هرجه بدست راست كيرفته لا يكون طلاقاً لأن العرف في قوله كيرم ولا عرف في قوله كيرفته . ولو قال هرجه بدست كيرم ولم يقل راست أوجب فهو كقوله هرجه بدست كيرم . والحاصل أن المعنى في انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه فإن لم يتعارف سئل عن نيته ، وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدق القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق (قوله ومن نذر نذراً مطلقاً) أي غير معلق بشرط كأن يقول لله على صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب (فعليه الوفاء بها) وهذه شروط لزوم النذر ، فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فإنه لا يلزم لأنه غير مقصود لنفسه ، وكذا النذر بعبادة المريض لأنه ليس من جنسه واجب ، وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراماً لعينه أو ليس فيه جهة القربة ، فإن المذهب أن نذر صوم يوم العيد ينقذ ، ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ، ولو صامه خرج عن العهدة . ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الأصول ، ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التقييد : كلهم ثقات . ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته ، وكذا قال الترمذي ، وقوله فعليه الوفاء به : أي من حيث هو قربة لا بكل وصف الزم به أو عين وهو خلافة زفر . فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصديق في هذا اليوم فتصدق في غد أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه في ذلك خلافاً لزفر . له أنه أتى بغير ما نذره . ولنا أن لزوم ما ألزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخرى لا تدخل لها في صيرورته قربة وقد أتى بالقربة المترتبة ، وكذا إذا نذر

وقوله (وكذا ينبئ) ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرجه بدست حب كيرم بروى حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وإن نوى . ولو قال هرجه بدست كيرم كان طلاقاً قيل يقع به الطلاق وإن لم ينو . وقيل لا يقع إلا بالنية (قوله ومن نذر نذراً مطلقاً) مثل أن يقول لله على صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به .

لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعلية الوفاء بما سمي » (وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لإطلاق الحديث ،

ركعتين في المسجد الحرام فأداهما في أقل شرفاً منه أو فيا لأشرف له أجزأه خلافاً لزفر . وأفضل الأماكن المسجد الحرام ، ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم مسجد بيت المقدس ، ثم الجامع ، ثم مسجد الحنبي ، ثم البيت . له أنه نذر بزيادة قرية فيلزمه . قلنا : عرف من الشرع أن التزاه ما هو قرية موجب ، ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان ، بل إنما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القرية بالتزاه إلى لزوم التخصص بمكان فكان ملغى وبقي لازماً بما هو قرية . فإن قلت : من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف إذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافاً لمحمد . فالجواب أن محمداً أهله لذلك . وأما أبو يوسف فإنما صححه بوضوءه لأن التزاه المشروط بالتزام الشرط ، فبقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ، ونظيره إذا نذرهما بلا قراءة التزاه ركعتين بقراءة ، أو نذر أن يصلي ركعة واحدة التزاه ركعتين أو ثلاثاً التزاه بأربع . وقال زفر : لا يصح النذر في الأوليين لأن الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قرية . وفي الثالثة وهي ما إذا نذر ثلاث بلزمه ركعتان لأنه التزم ركعة بعد التنتين فصار كما إذا التزمها مفردة على قوله . ولنا معنى ما قلناه وهو أن الالتزام بشيء التزم بما لا صفة له إلا به ، ولا صفة للصلاة بلا قراءة ، ولا للركعة الواحدة إلا بضم الثانية ، فكان ملتزماً بالقراءة والثانية . واحتجاج محمد إلى الفرق بين التزاه للصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزاهما بلا قراءة حيث أجازاه . والفرق أن الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلاً ، وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الأذى ، وهذه المسائل وإن كانت تقدمت متفرقة إلا أن هذا المكان محلها بالأصالة فلم أر إخلالاً منها نصيحة لدين رب العالمين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعلية الوفاء بما سمي ») وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب إلا أنه مستغنى عنه ، ففي لزوم المنذور الكتاب والسنة والإجماع ، قال تعالى - وليوفوا نذورهم - وصرح المصنف في كتاب الصوم بأن المنذور واجب للآية ، وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية . والجواب بأنها مؤولة إذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة . ومن السنة كثير منها حديث في البخاري « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » روته عائشة رضي الله عنها ، والإجماع على وجوب الإيفاء به ، وبه استدلل من قال من المتأخرين بافتراض الإيفاء بالنذر .

[فروع] إذا نذر شهراً فلما بعينه كرجب وجب التتابع ، لكن لو أفطر يوماً لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوماً لا يلزمه إلا قضاءه ، كذا هنا ، وإن بغير عينه كشهر إن شاء تابعه وإن شاء فرقه ، وإن شرط التتابع لزمه ، ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار . قال الطحاوي : إذا أصناف النذر إلى سائر المعاصي كتله على « أن أقل ثلاثاً كان مبيهاً ولزمه الكفارة بالحنث ، والله على « أن أطعم المساكين يقع على عشرة . عند أبي حنيفة ، لله على « طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحصاناً ، لله على « أن أتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعقها ، فإن لم يعقها أثم ولا يجبره القاضي . قال إن برئت من مرضى فعلى « شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شيء . ولو قال أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه . قال لله على « أن أذبح جزوراً فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز (قوله وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث) الذي رويناه

(لقوله صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعلية الوفاء بما سمي » وإن علق النذر بشرط) سواء كان شرطاً أراد كونه أو لم يرد (فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) ولا تنفصه كفارة اليمين (لإطلاق الحديث) فإنه لم يفصل

ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده (وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عنه وقال: إذا قال إن فعلت كذا فعلت حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي أيضا، وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهاه نذر فينتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شئني الله مريض لا نعدم معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح.

من البخارى وغيره فإنه أمر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصاعداً كانه قال عند الشرط لله على كذا. وعن أبي حنيفة رحمه الله عنه أنه رجع عنه: أي عن لزوم عين المنذور إذا كان معلقا بالشرط: أي أنه غير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد. فإذا قال إن فعلت كذا فعلت حجة أو صوم سنة إن شاء حج أو صام سنة وإن شاء كفر. فإن كان فقيرا صار خيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام، والأول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور في ظاهر الرواية، والتخير عن أبي حنيفة في التوادر. وروى عن عبد العزيز ابن خالده الترمذى قال: خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب التنوير والكفارات على أبي حنيفة.

بين كون النذر مطلقا أو معلقا بشرط (ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده) ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا ما هنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه رجع عنه) أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك (وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلت حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي أيضا) حتى لو كان معسرا كان خيرا بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهرا، وهذا مروى عن أبي حنيفة في التوادر. ووجه ما روى في السنن مسندا إلى عتبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كفارة النذر كفارة اليمين قالوا (هذا إذا كان شرطا لا يريد كونه) لأن بين الحديتين كما ترى تعارضا، فحملنا الحديث الأول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الخالف كونه، والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعا بين الآثار، والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا، أما معنى النذر فظاهر، وأما معنى اليمين فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط (فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء) والتخير بين القابل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائر كالعهد إذا أذن له، ولاء بالجمعة فإنه غير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعين، والتلزم واليمين معنيان مختلفان لأن النذر قرينة مقصودة واجب ليعينه، واليمين قرينة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (بخلاف ما إذا كان شرطا لا يريد كونه كقوله إن شئني الله مريض لا نعدم معنى اليمين فيه) وهو المنع لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطا. قال المصنف (وهذا التفصيل) أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريد كونه (هو الصحيح) فيه نظر، لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لأنه غير ظاهر الرواية، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد كونه، على أن فيه إجماع إلى التصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية.

(قوله وإن أراد حصرها في الخ) أقول: فيه أنه يجوز أن يرد نصرة فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المنع الفقهي.

قال (ومن حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ في يمينه » إلا أنه لا بد من الاتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فلما انتهيت إلى هذه المسئلة قال قف ، فإن من رأى أن أرجع ، فلما رجعت من الحج إذا أبو حنيفة قد توفى ، فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير ، وبهذا كان يقضى إسماعيل الزاهد . وقال الولولاحى : مشايخ باخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الأئمة . قال : لكثرة البلوى في هذا الزمان . وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والأحاديث . ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال « كفارة النذر كفارة اليمين » فهذا يقتضى أن يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مطلق الإيفاء بعينه على المنجز ، ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ، ولا يشكل لأن المعلق متلف في الحال فالتلف فيه معلوم فيصير كاليامين في أن سبب الإيجاب وهو الحنث ، متلف حال التكلم فيلحق به ، بخلاف النذر المنجز لأنه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الإيفاء . واختار المصنف والمحققون أن المراد بالشرط الذى تجزئ فيه الكفارة الشرط الذى لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان . فإنه إذا لم يرد كونه يعلم أنه لم يرد كون المذكور حيث جاءه مانعا من فعل ذلك الشرط لأن تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فإن الإنسان لا يريد إيجاب العبادات دائما وإن كانت مجلبة للثواب عفاة أن يثقل فيتعرض للعقاب ، ولهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن النذر وقال إنه لا يأت بخير » الحديث ، وأما الشرط الذى يريد كونه مثل قوله إن شئني الله مريضى أو قدم غائبي أو مات عدوى فله على صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه إلا فعل عين المنذور ، لأنه إذا أراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فينلج في حكمه وهو وجوب الإيفاء به فصار محمل ما يقتضى الإيفاء المنجز والمعلق المراد كونه ، ومحمل ما يقتضى إجزاء الكفارة المعلق الذى لا يرد كونه وهو المسعى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج . ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذى اختاره المصنف . واستدل ابن الجوزى في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع أنه مطلق ، وليس هذا إلا لما قلنا ، وهذا التقرير أولى مما قيل لأن الشرط إذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فإنها تعقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة ، بخلاف الذى يريد كونه فإنه ورد على هذا التقرير أن اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لا يرد كونه فالفرق على هذا تحكم (قوله ومن حلف على يمين) أى على مخلوف عليه (فقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وكذا إذا نذر وقال إن شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد : بلغنا

(ومن حلف على يمين) أى على قسم عليه من فعل أو ترك وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ في يمينه » رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم . وقوله عليه الصلاة والسلام (قد برّ في يمينه) بمعنى لا يحنث أبدا لعدم انعقاد اليمين (وقوله إلا أنه لا بد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فإن قلت : هذا تعليل في مقابلة النص فإن الحديث بإطلاقه لا يفصل بين المفصل والمتصل . قلت : الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال ، فإن جواز الاستثناء منفصلا يقضى إلى إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة وغيرها من أن تكون ملزمة ، وفي ذلك من الفساد ما لا يحصى ،

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام - ستجدني إن شاء الله صابرا - ولم يصبر ولم يعد خلفا لوعده ، وتقدم في الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : يلزمه حكم اليمين والنذر لأن الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم ، وللجمهور قوله صلى الله عليه وسلم : من حلف على يمين وقال إن شاء الله فلا حنث عليه ، رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال : الترمذي حديث حسن ولأنه تعليق للمحلف عليه بمشيئة الله تعالى : أعني إذا قال والله لا أخرج اليوم إن شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فإذا خرج لأباحت ، فإن المعنى إن شاء الله عدم الخروج لا أخرج فإذا خرج تبين أنه تعالى لم يشأ عدم الخروج ، وهذا ينهض على مالك رحمه الله في اليمين بالله تعالى ، أما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر ، فإنه إذا قال أنت طالق إن شاء الله فالظاهر أن المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لأنه قد شاء الله قوله ، وقوله أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن إعدامه ، فلو جعل مهر وفا إلى الوقوع على معنى أنت طالق إن شاء الله وقوع طلاقك فخلاص اللفظ ، ثم لا يمدى لأنه قد شاء الله وقوع طلاقها إذ قد شاء تلفقه بأن طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا أن المعلق بالمشيئة إن كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفقه ، وما في الطلاق تقديم تصحيفه ، وهذا ما وعدناه في الطلاق ، ثم شرط عمل الاستثناء في الإبطال الاتصال ، فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا يضر .

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

أراد بيان الأفعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لأن أول الأفعال التي يحتاج إليها الإنسان أن يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج إليه من اللبس والأكل وغيره ، وكل من الأكل والشرب وإن كان من الضروريات

وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة ، فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الأدلة ، وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه ، والله أعلم .

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب وقدم الدخول والسكنى على غيرها من الأكل والشرب ونحوهما لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل والشرب وغيره ، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى - يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون . الذي جعل لكم الأرض فراشا والسماء بناء - الآية ، والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر إلى الباطن ، والسكنى

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

(قوله لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال التي) أقول : ويعلم منه الترتيب .

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحث) لأن البيت ما أعد للبيتوة وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا، والظلة ما تكون على السكة، وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب بقي داخلًا وهو مسقف يحث لأنه يبات فيه عادة

لكن حاجة الحلول في مكان أئزم للجسم من أكله وليس (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهو متعبد اليهود أو البيعة وهو متعبد النصارى لم يحث لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا لأعلى الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله، ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله، ولا على النية مطلقًا كما عن أحمد رحمه الله، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي: أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف، كما أن العرفي حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها. ثم من المشايخ ما جرى على هذا الإطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب النخبة والمرغيناني وهو ما إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحث بأنه خطأ. ومنهم من قيد حل الكلام على العرف بما إذا لم يكن المعنى بحقيقته. ولا يخفى أن هذا يصير المعنى الحقيقة اللغوية إلا ما من الألفاظ ليس له وضع لغوي بل أحدثه أهل العرف، وأن ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وإن تكلم به متكلم من أهل العرف، وهذا يهدم قاعدة حل الأيمان على العرف فإنه لم يصير المعنى إلا اللغة إلا ما تعلق وهذا بعيد، إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم إلا بالعرف الذي به يتخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة أو غيرها إن كان من غيرهما: نعم ما وقع استعماله مشتركًا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف، فأما الفرع المذكور فالوجه فيه أنه إن كان نواه في عموم بيتا حث، وإن لم يحظر له وجب أن لا يحث لانصراف الكلام إلى المعارف عند إطلاق لفظ بيت، وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف أنه إذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له، وإن كان له نية شيء واللفظ يحتمل انعقد اليمين باعتباره، إذا عرفنا هذا فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى: إن أول بيت وضع للناس للذي بمكة - وكذا المسجد في قوله تعالى

عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبيتا لأهله (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود (قوله لأن البيت ما أعد للبيتوة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بأن الله سمي الكعبة بيتا، قال الله تعالى: إن أول بيت وضع للناس - الآية، وسمى المساجد بيوتًا بقوله تعالى: في بيوت أذن الله - الآية: وأوجب بأن الأيمان مبنيا على العرف لا على ألفاظ القرآن: ألا ترى أن الله تعالى سمي بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناولوه. واستشكل بما قاله في القوائد الظهيرية إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حث، وسيجيءه الجواب إن شاء الله (وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) قال في المغرب: ظلة الباب هي السدة التي فوق الباب. وقول المصنف (والظلة تكون على السكة) أراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء، وإنما لم يحث لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيوتة فيه، وكذلك إذا كان فوقه بناء، إلا أن مفتحه إلى الطريق لا يحث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لأنه ليس من جملة بيته (قوله وقيل إذا كان الدهليز) ظاهر

(قوله مبيتا لأهله) أقول: استراخ من الكون في السوق على سبيل الاستقرار فإنه لا يهدم سكني، إلا أن ما ذكره لا يشمل سكني غير المتأهل فليتأمل (قوله وسيجيءه الجواب الخ) أقول: في باب اليمين في الأكل والشرب.

(وإن دخل صفة حنث) لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشئى والصبي . وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم . وقيل الجواب مجرى على إطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لأن الدار اسم للعروة عند العرب والعجم ، يقال دار عامرة ودار غامرة ، وقد شهدت أشعارا العرب بذلك ،

في بيوت أذن الله أن ترفع . وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ، ولكن إذا أطلق البيت في العرف فلما يراد به ما يبيت فيه عادة فدخل الدهليز إذا كان كبيرا بحيث يبيت فيه لأن مثله يعتاد بيتوتة للصيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الأتباع في بعض الأوقات فيحنث . والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للمبيت مسقف يحنث بدخوله ، وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هي صفات الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هي صفات ديارنا لأنه يبيت فيه ، غاية الأمر أن مفتحه واسع ، وكذا الظلة إذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا ، بخلاف ما إذا كان سايطا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جلدوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل له ، وسيأتى أن السقف ليس شرطا في مسي البيت فيحنث وإن لم يكن الدهليز مسقفا (قوله ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن اسم الدار للعروة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب ، وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال نابغة ذبيان واسمها زياد بن معاوية :
يا دار مية بالعلياء فالسند أقوت وطال عليها سالف الأبد

(قوله وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشئى والصبي) الذى يبنى للبيتوتة فيه شتاء أو صيفا ، وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة (وهكذا كانت صفافهم) أى صفاف أهل الكوفة ، ذكر عن أبي حازم القاضى أن هذه أشكلت على حتى دخلت الكوفة ، فرأيت صفافهم موبة فعلمت أن الأيمان وضعا على تعارفهم) وقيل الجواب مجرى على إطلاقه (يعنى سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحمل على عرفهم لأن البيت اسم لمن مسقف مملو من جانب واحد يبنى للبيتوتة ، وهذا المعنى موجود في الصفة ، إلا أن مدخلها أوسع فبتناولها اسم البيت فيحنث) (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لأن الدار اسم للعروة عند العرب والعجم ، يقال دار عامرة ودار غامرة ، وقد شهدت أشعار العرب بذلك) (فنها ما قال ليبيد :

عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأيد غولها فرجامها
عفا بغو متعمد ولازم وهنا لازم ، وتأيد المنزل : أى أقفر فألفته الوحوش ، والغول والرجام موضعان . يقول :
عفت ديار الأحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للإقامة ، وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية . وقال قائلهم :

الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم

والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر .

وقفت فيها أصيلاً أسألها عيت جواباً وما بالريم من أحد
إلا الأورى لأيا ما أئينها والنوى كالحوض بالمظلومة الجلد

إذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتقاء الجبل بحيث يستند إليه : أى يصعد لم يضرها السيل ، وأقوت أقفرت ، وطل عليها سالت الأبد بألباء السالف الماضي ، والأبد الدهر : أى طال عليها ماضى الزمان ، وهذا كناية عن خرابها ، وأصيلاً تصغير جمع أصيل أصلان كبير وبعير وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال أصيلاً ، وإنما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمساءلة ، وهذا السؤال توجع وتحسر ، وعيت جواباً عجزت ، يقال في تعب البدن إعياء والفعل أعيا وفي كلام اللسان عي . ورى فاضل قادماً إلى المدينة ماشياً فقال له

وهذا ظاهر . وقوله (والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلوماً ، فإذا كان المشار إليها كان المحلوف عليه معلوماً فلا حاجة إلى معرف بخلاف المنكر فإنه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبراً . واعتراض بوجهين : أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لم وقع المشتراة للموكل إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشتري داراً خربة لأنها غير موصوفة وهذا نقض لإجماعى . والثاني أن البناء لا يتخلو إما أن يكون داخلياً في المسمى أو لم يكن ، فإن كان داخلياً وجب أن لا يختلف المحل بالغبية والحضور في الدخول كالعرصة . فإن لم يكن داخلياً وجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول كما إذا حلف لا يكلم رجلاً لا يقيد بينه برجل قاعد عالم إلى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة . وأجيب عن الأول بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمهلة وليست في الثمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد الثمين بلا صفة . وعن الثاني بأن البناء صفة متعينة للدار فجاز أن يكون مراداً بحكم العرف لتعيينه وفي الرجال التراحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال ، وهذه الصفات بأسرها تحتج إرادتها عادة ، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة فتشتمع

(قوله واعتراض بوجهين : أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة الخ) أقول : أنت غير بأله بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الأول . ثم أقول : قال في الكافي : فإن قيل : ما ذكرت أن الصفة في الثمين غير معتبرة لا يصح ، فإنه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد أن صار تمرًا لا يحنث ، ولو كانت الصفة ملغاة يحنث . قلنا : الصفة في الثمين لغو إلا إذا كانت داعية إلى الثمين كما في مثله الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر ، وصفه كون الدار مبنية لا تتحول إلى ترك الدخول فتصلقت الثمين بالأصل دون الوصف ، كما لو حلف أن لا يكلم هذا السبي لم يحنث بزمان صباه لأن الصبا لا يدهو إلى الثمين لأنه نافع إلى البرة والمرحة والتلطيف قولاً وقولاً . قال عليه الصلاة والسلام « من لم يرسم صغيراً ولم يوقر كبيراً فليس حناً » وفي ترك التكلم ترك الرسم فتصلقت الثمين بالذات دون الصفة ، كأنه قال : لا أكلم هذا ، ويحلف ما إذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحبل لأن صفة الصغر حنا لا تتحول إلى الثمين لأن المستعصم أكثر امتناعاً من لحم الكهش ، ويحلف ما إذا حلف أن لا يكلم صبياً فكلم فيها فإنه لا يحنث لأن الصفة في النكرة معتبرة له . فإن قيل : ليس يمتنع من كون الصفة داعية إن أردت صلوحها للصورة فالبناء في الدار كذلك إما لو حلف في البناء أو صديقاً أو معنى يمتنع إلى ترك الدخول ، وإن أردت حقيقة الصورة فالرطب ليس كذلك لأنه كما يضره فربما لا يضره أيها ولذا ذكره بكلمة ربما في الكتاب فيلحق أن يحنث . قلنا : أصل البناء للدخول والمراد من المذكورة لا ما عارض الأصل بخلاف الرطب ، هكذا قيل وعليه بالتأمل (قوله وأجيب عن الأول الخ) أقول : جواب بمنع جريان الدليل إلى المراد بالمتنكر في الدليل هو المتنكر من كل وجه (قوله وعن اتفاق بأن البناء صفة الخ) أقول : جواب باعتبار اللفظ الثاني ومنع وجوب عدم اختلاف الحال في عدم الدخول مستنداً لجواز إرادته بحكم العرف لتعيينه فيقال الاستعمال

مولانا عي أم أعيا ؟ فقال بل أعيت ، فوضع أعيت جوابا في البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف . والأواري جمع آري وهي عابس الخيل ومرابطها ، واللأي البطء : أي تبني لها ببطء فاستلزم تعباً . فنفسر اللأي بالشدة فهو باللازم ، فإن البطء في التبين لا يكون إلا لتعب فيه ، والنوى حاجر من تراب يجعل حول الخياء لمنع السيل من دخوله ، وما وقع في بعض المواضع أنه حفيرة غلط ، وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فلأنها لو كانت بئرا امتلأت في لحظة وفاضت ، وإنما هو ما ذكرنا ، ولذا قال في البيت بعده :

ردت عليه أقاصيه وليدة ضرب الوليدة بالمسحاة في التأد

يعني ردت الوليدة وهي الأمة الشابة ما تباعد من تراب النوى بسبب تهديم عليه بضرب المسحاة في التأد وهي الأرض التدية . قال الأعلام : وهو مضمر وصف به ، وأراد بالمظلومة الأرض التي لم تمطر ، والجلد الصلبة ، فيكون النوى والود أشد ثباتا فيها . وقال امرؤ القيس :

يادار ماوية بالحائل فالمهب فالتحيت من عاقل

صم صداها وعفا رسمها واستعجمت عن منطلق السائل

يريد أنها مقفورة لأنيس بها فيسمع صوته ولا أحد يتكلم فيجيبه الصدى . وهو الذي يسمى بآنة الجبل . وقال امرؤ القيس :

إن طلل أبصره فشحاني كخط زيور في صيب يمانى

ذيار لهند والرباب وفرتي ليا ليتا بالتعف من بدلاني

يريد أنها درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته إذا كان في صيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم في صيب النخلة فهذه الأشجار وما لا يحصى كثرة تشهد بأن اسم الدار العرصة ليس غير ، لأن هؤلاء التكميين بهذه الأشجار لا يربطون بالاسم إلا العرصة فقط فإن هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء أصلا بل هي عرصات منزولات وإنما يضعون فيها الأخبية لا أبنية الحجر والممر فصنع أن البناء وصف فيها غير لازم ، وإنما اللازم فيها كونها قد نزلت ، غير أنها في عرف أهل المدن لا يقال إلا بعد البناء فيها ، ولو اتهم بعد ذلك

الإرادة أصلا ، كذا في النهاية محال على الفوائد الظهيرية . ورد بأن البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردها فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز التراجع . وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر لجواز أن يكون داخل في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعروف لاستغناؤه عنه .

(قوله ورد بأن البناء ضده الخراب الخ) أقول : كلام حل السد الأخضر مع أن البناء أصل في الدار . قال في الكافي : اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء ، لكن إذا بنيت تسمى دارا وإذا انتهت انتهى ، فالبناء صفة متعينة بأصله والخراب لا يزال به ، فليتأمل . وفي الكافي أيضا : الدار اسم لعرصة أمير عليها الميطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى . وفي هامشه : فلما العرصة قبل البناء لا تسمى دارا ألا ترى أن الفلوز والزارع لا تسمى دارا (قوله وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر لجواز أن يكون داخل في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعروف الخ) أقول : لا يخفى عليك أن دخول معنى في المنكر مع غروجه في المعروف غير معهود بل المنهوه وهو مكه .

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخرت ثم بنيت أخرى فدخلها بحث) لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، وإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لأنه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية (وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لأنه لا يباي فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف بحث لأنه يباي فيه والسقف وصف فيه (وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث) لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام.

بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها، فأما إذا بحث الأبنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر أن إطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان، فالحقيقة أن يقال كانت دارا، وإذا عرف ذلك فإذا حلف لا يدخل دارا فدخل دار خربة بأن صارت لابناء بها لا يحنث، وهذا هو المراد فإنه قال في مقابله فيها إذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث، وإنما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم إذا توارد حكمهما على محل، فأما إذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر إلا أن يكون له نية، وإنما وقعت هذه المقارنة لأن البناء وإن كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ما تتعرف بالوصف، وفي الغالب معتبر لأنه المعروف له (قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخرت ثم بنيت دارا أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، ولو بنيت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث لأنها لم يبق دارا) وكذا إذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيًا من الحمام وما معه لأنه لا يعود اسم الدارية بياه مشددة، وكذا إذا بنى دارا بعد ما انهدم ما بنى ثانيًا من الحمام ونحوه لأنها غير تلك الدار التي منع نفسه من النشور فيها. ويرد على هذا التفصيل أن البناء إن كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث إذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار إليها بعد ما صارت صحراء مشكل لأن كون الإشارة تعين الذات إنما يقتضى تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد اتفق، ويقتضى أيضا أنه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت دارا أخرى لا يحنث لأن هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه. فإن قيل: الحلف إذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد. قلنا: ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وإن لم يكن جزءا، بل المختبر كون العروة بنيت أشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيها إذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى (قوله وإذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لأن اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يباي فيه، بخلاف الدار لأنها تسمى دارا ولا بناء فيها، فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لأنه يباي فيه والسقف وصف فيه، وهذا

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخرت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، وإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حلول هذا الاسم زوال ذلك الاسم، والمبين قد انقضت بما يسمى دارا ولم يبق. وقوله (وكذا إذا دخل بعد انهدام الحمام) ظاهر. قال (وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يباي فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم) قال الله تعالى: فذلك بيوتهم أخوة على بيوت منهدمة السقوف (ولأنه يباي فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام).

قال (ومن حاف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد . وقيل في عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه أبي الليث . قال (وكذا إذا دخل دهليزا) . ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم

يفيدك أن ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لاحاجة إليه لأنه معتاد للبيتوتة كما قدمنا ، والبيت لا يلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى (وكذا إذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام) وهذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه دخوله . ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر أو فسطاطا إن كان من أهل البادية حنث وإلا لا يحنث (قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) من غير دخول من الباب بأن ظفر من سطح إلى سطحها (حنث لأن السطح من الدار ، ألا يرى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجا فسد . وقد يقال المبنى مختلف فإن الأيمان مبذبة على العرف فجاز كون بعض ما هو فى حكم المسجد خارجا فى العرف ؛ ألا يرى أن فناء المسجد له حكم المسجد فى بعض الأشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن فى المسجد ، ولا شك أنه خارج فالأقرب ما قيل الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة ، وهذا حاصل فى علو الدار وسطحها ، وهذا يتم إذا كان السطح بمضير ، فلو لم يكن له مضير فليس هو إلا فى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة إلا أن يكون عرف أنه يقال إنه داخل الدار . والحق أن السطح لا شك أنه من الدار لأنه من أجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال فى العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل إلا بالجوف الدار حتى صبح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بجبل ، وهذا فى عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم . ولو جمع بين قول المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما إذا كان للسطح مضير وجواب المتأخرين المبرر عنهم بقوله وقيل فى عرفنا . يعنى عرف العجم على ما إذا لم يكن له مضير اتجه وهذا اعتقادى (قوله وقيل فى عرفنا لا يحنث) أى بالوقوف على السطح ، وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لأنه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها ، وكذا إذا قام على حائط منها (قوله وكذا إذا دخل دهليزا) يعنى يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حواطط وهو مسقف ، وأنت علمت أن السقف ليس لازما فى مسمى البيت بل فى مسمى البيت الشتوى ،

وأنه صار بيتا بسبب حادث ، واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلًا فى البيت المحلوف عايه فلا يحنث ، كذا فى الشروح (ومن حاف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) بالصعود إليه من خارج (حنث لأن السطح من الدار) لأن الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل فى علوها وصفها (ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ، ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لأنه قال من قبل والبناء وصف فيها ، وقيل إذا وقف على السطح لا يحنث فى عرفنا . قال الفقيه أبو الليث فى النوازل : إن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولا فى الدار (وكذا إذا دخل دهليزا يحنث) ذكره القندورى مطلقا . قال المصنف (ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم) يعنى به قوله وإذا أغلق الباب بقي داخلًا وهو مسقف .

(قوله وهو مسقف) أقول : أنت غير بأنه لا يشترط أن يكون مسقفا هنا صرح بملك العلامة الزيلعى لأن اسم الدار يتناول به بعلوه ويكون البناء بخلاف البيت فكان ينبغي أن لا يذكره المصنف .

(وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجا لم يحث) لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

(قوله وإن وقف في طاق الباب وهو بحيث إذا أغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب في الدار يولو أدخل رأسه أو إحدى رجله أو حلف لا يخرج فأخرج إحداها أو رأسه لم يحث وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله « وقد كان صلى الله عليه وسلم يتناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها لأن قيامه بالرجلين فلا يكون بإحداها داخلا وخارجا . وفي هذا خلافت فإنه ذكر في الخلاصة : لو قال لامرأته إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق ، فقامت على أسقف الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا إن كان اعتمادها على النصف الخارج حث ، وإن كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحث . قال : وفي المحيط لو أدخل إحدى رجله لا يحث ، وبه أخذ الشيخان الإمامان حسا الأئمة الجواني والسرغسي ، هذا إذا كان يدخل قائما ، فأما إذا كان يدخل مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار إن كان الأكثر داخل الدار يصير داخلا ، وإن كان ساقا خارجا ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحث .

[فروع] حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل مكرها : أي محمولا لا يحث ، فإن أدخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا ، والأصح لا يحث ، فلو خرج بعد دخوله مكرها : أي محمولا ثم دخل هل يحث اختلفوا . قال السيد أبو شجاع : لا يحث ، وهكذا في شرح الطحاوي . وقال القاضي الإمام : الأصح أنه يحث ، وسيأتي له تمة . ولو اشتد في المشي فوق في الباب يحث ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد أشرع إلى السكة حث إذا كان أحد بابيه في السكة والآخر في الدار ، وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار ، وكذا الكنيف إذا كان باب في الدار . ولو حلف لا يدخل بلغ أو مدينة كذا فعل العمران ، بخلاف كورة بخاري أو رستاق ، كذا إذا دخل أرضها حث . والفترى في زماننا أن كورة بخاري على العمران وعلى هذا القياس إذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فيدخل العريش يحث ، وعلى الحمل على العمران لا يحث حتى يدخلها ، ولو حلف لا يدخل بغداد فربها في سقينة بدجلة عند محمد يحث ، وعندنا لا يحث وعليه الفترى . ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سقيته في الفرات أو دخل جسرا لا يحث . ولو قال إن وضعت قدمي في دار فلان فكنا فوضع إحدى رجله فيها لا يحث على جواب ظاهر الرواية لأن وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحث في الحلف لا يدخل بوضع إحدى رجله . ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجدا فدخله يحث كالدار . ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحث في المختار . قال في مجموع التوازل : هذا إذا لم يكن للمسجد باب في السكة ، وكذا إذا دخل بيتا في طريق السكة إن كان له باب فيها حث ، وإن كان ظهره فيها وبابه في سكة أخرى لا يحث ، هذا هو الصحيح ، ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حث . ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحث ، ولو كان لها باب

قوله (وإن وقف في طاق الباب) ظاهر .

قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقيود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا . والقياس أن يحنث لأن اللوام له حكم الابتداء . وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل

حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لأن الحلف على باب منسوب إليها فيستوى التقديم والحادث إلا إن عين ذلك الباب في حلقه ، ولو نواه ولم يعينه في حلقه لا يدين في القضاء . ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قنطرة حتى صار تحتها إن كان لها مفتاح في الدار ينفع به بأن يستقوا منه حنث إذا وصل هناك ، وإن كان لا ينفعون به إنما هو لإضاعة القنطرة لا يحنث . ولو حلف لا يدخل هذا القسطنطينية ففقد وضرب في مكان آخر فدخله حنث (قوله ومن أحلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث) بالمثل فيها أياما وهو المراد بالقيود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا . والقياس أن يحنث بالمثل وإن قصر لأن اللوام لم يحكم ابتداء الدخول حتى صحت إرادته به : أضي لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح ؛ حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيها بينه وبين الله تعالى (وجه الاستحسان أن الدخول) حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج إلى الداخل ولا دوام لذلك ، فليس اللوام مفهومه ولا جزء مفهومه ، وكونه بما يصح أن يراد باللفظ مجازا لأنه لازم للدخول عادة وإن قل إذ كان الدخول يراد للمكث لا يقتضي الحنث به لأن المحقق لا يفتقر على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي ، وكذا لو كان حلف ليصلها غدا وهو فيها لم يحنث حتى مضى الغد حنث لأنه لم يدخلها فيه إذ لم يخرج ، ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث . وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فإن القياس الكائن في مقابله هو ، أي يتبادر ويتسارع إلى الذهن ، ولا يتسارع لأحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيا فيبقى العجب من زفر بقوله بالحنث ، وهذه المسئلة عليها الأئمة الأربعة إلا في وجه عند الشافعية كقول زفر . ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج ، وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث ، بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس ، وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فكث قليلا حنث ، فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في الثقل لم يحنث خلافا لزفر . أما الأول وهو الحنث بمكثه فلا أن هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ، ولهذا لو قال لها كلما ركبت دابة فأنت طالق وهي راكبة فكثت ساعة بمكثها النزول فيها طلقت ، فإن مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى ، بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب

لزمه طلاق واحدة وإن طال مكثه ، لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكبا يراد به إنشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وإن كان له حكم الابتداء ، بخلاف حلف الراكب لا يركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا ، واستوضح على أن هذه الأفعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله ألا يرى أنه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا ، بخلاف الدخول فإنه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والوقيت لنفس الدخول ، بل يقال في مجازي الكلام دخلت عليه يوما مرادا به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير ، وإما مطلق

وقوله (وجه الاستحسان) تقريره القول بالموجب : يعني سلمنا أن اللوام حكم الابتداء لكن فيها له دوام ، والدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل وليس له دوام ، وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة أبدية تسمى قلة .

(قوله والدخول لا دوام له إلى قوله وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أول الخ) أقول : بل ما ذكره المصنف أول حيث يخرج منه ما إذا وضع إحدى رجله في الداخل والأخرى في الخارج بخلاف ما قاله فليعمل .

(ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس فزعه في الحال لم يحث) وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فزّل من ساعته لم يحث ، وكذا ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في القلة من ساعته . وقال زفر : يحث لوجود الشرط وإن قل . ولنا أن العين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فإن لبث على حاله ساعة حث) لأن هذه الأفاعيل لها دوام يحدث أمثالا ؛ ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولونوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه .

الوقت إذا كان لا يجتد فبراد به مايمع النهار والليل ، وذلك أعنى عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل أنه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكررا ليحث بحدوث المتكررات فلا يحث إلا بابتداء الفعل إلا أن ينوى به البقاء ، وهذه على عكسه بنقد يقتضى مطلق اللفظ على الأعم من الابتداء والبقاء . وأما الابتداء فقط فمحتمل حتى لو أراد بقوله لا أسكن وأركب واللبس ابتداء الفعل فقط صدق لأنه محتمل كلامه فلا يحث باستمراره ساكنا وراكبا . وفرّع بعض أهل العلم على كون هذه لما تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء أنه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابس حتى مضى الغد لا يحث بمنزلة ما لو نزع ثم لبسه في الغد ، ثم إنه إنما يحث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها ، فأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي السلطان أو عدم موضع يتنقل إليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحث . ويلحق ذلك الوقت بالعلم للعبر ، وأورد ما ذكر الفضل فيمن قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طلاق فقيده أو منع من الخروج حث ، وكذا إذا قال لأمراهي وهي في منزل أبيها إن لم تحضري الليلة منزلي فطالقت فتعها أبوها حث . أوجب بالفرق بين كون المألوف عليه علما فيحث بتحقيقه كيفما كان لأن العلم

وقوله (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب) ظاهره وقول زفر قياس وقولهم استحسان . وحاصل كلامه أن الأفعال على ضربين ضرب يقبل الامتناد وضرب لا يقبله والقاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتناد وما لا فلا . والامتناد على الممتد بمنزلة الإنشاء قال الله تعالى - فلا تعبد بعدا لك كرى مع القوم الظالمين - أى فلا تمكث قاعدا لأنه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا ، وعلى هذا قالوا إذا قال لما كلمنا ركبت فأنث طالق فكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت ، وإن مكثت مثلها طلقت أخرى لأن اللوام حكم الابتداء ، وكلمة كلما تم الأفعال فيتكرر الجزء بتكرر الشرط . ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلى أن أتصدق بدهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب ، ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه أكثر من ذلك . وأوجب بأن الامتناد فيها يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مرادا ، ولهذا قلنا في هذا الفصل إذا كان راكبا وقت العين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد ، وإنما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجازي كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت . وقوله (ولونوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه) ساه محتملا وإن كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكبا ، وأما إذا كان راكبا فلا ابتداء من محتملاته .

(قال المصنف : ولنا أن العين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أهول : قوله منه : أى من العين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة متى يرجع إلى المتكلم . وقوله (زمان تحقيقه) متى زمان النزاع والنزول والقلة .

قال (ومن حلف لأيسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث) لأنه يعدل ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا ، فإن السوق عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا ، والبيت والحلة

لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لأن المعقود عليه الاختيارى ويتعلم بعلمه فيصير مسكنا لاساكننا فلم يتحقق شرط الحنث ، وسند كره في فروع ، ونوضح الوجه بأنتم إن شاء الله ، وكذا لو بقى أياما في طلب مسكن وترك الأمتعة والأهل في هذه الأيام لا يبحث في الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة إذا لم يفرط في الطلب ، وهذا إذا خرج من ساعته في طلب المنزل . ولو أخذ في النقلة شيئا فشيئا ، فإن كانت النقلات لا تفر لايحنت ، ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف . وأما الثاني فوجه قول زفر رحمه الله إن الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس . ولنا أن الثخين تعتقد للبر لا للحنث ابتداء وإن وجب الحنث في بعض الأوقات ، وإذا كان المقصود من التبيين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه الزول والنقلة والزرع (قوله ومن حلف لأيسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التي قبلها ، لما كان بالأخذ في النقلة من ساعته يرد ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر ، فبين أنه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الأهل والمال ، وكذا الحلف على أن لا يسكن في هذه الحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث ، وإن خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لأنه يعد المتأهل ساكننا يحمل سكنى أهله وماله عرفا . واستشهد للعرف بأن السوق عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج عنه إلا ليلا أو بعض الليل أيضا ويقول أنا ساكن في حلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها ، وبهذا القول قال أحمد ومالك ، وعند الشافعي لا يحنت إذا خرج بنية التحويل . قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبنى على أن العبرة عنده الحقيقة اللفظ ، ولا تعتبر العادة بخلافها وهو إذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل ، إذ لاشك في أنه بنفسه انتقل ؛ وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة ، والخالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه . والعادة أن من كان أهله بمكان يباده هو بها فهو ساكن فيه عملا بالعرف فبنى اللفظ عليه ، وهذا إذا كان الخالف مستقلا بسكناء قائما على عياله ، فإن كان سكناء تبعا كإبن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها . فلو حلف أحدهما لأيسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها وماله لا يحنت ، وبقية الفقيه أبو الليث أيضا بأن يكون حلفه بالعربية ، فلو عقد بالفارسية لا يحنت إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلا بسكناء . نعم لقاتل أن ينظر فيها استشهد به للعرف وذلك أن السوق إنما يقول أنا ساكن في حلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيها إذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة ، فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعي أن العرف على أنه ساكن ما لم ينقل أهله وماله حتى إنه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن

وقوله (ومن حلف لأيسكن هذه الدار) يعنى وهو متأهل بلليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها . وفيه إشارة إلى أنه لو لم يكن متأهلا بل هو بمن يحوه غيره فخرج بنفسه لم يحنت ، والمتأهل إذا حلف ، فأما إن حلف على الدار أو المصر أو القرية ، فإن كان الأول فلا بد من نقل أهله ومتاعه ، وإن كان الثاني يكفي بنقله إلى مصر آخر على ما روى

(قوله فخرج بنفسه) أقول : وترك المتاع .

بمَنْزِلَةِ الدار . ولو كان الميِّين على المصّر لا يتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيها روى عن أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً . بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصّر في الصحيح من الجواب . ثم قال أبو حنيفة رحمه الله : لا بد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه . يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر . وقال محمد رحمه الله تعالى عليه : يعتبر نقل ما يقوم به كدخلائته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى . قالوا : هذا أحسن وأرق بالناس

مسكنه ولكن لم ينتقل بعد (قوله ولو كان الميِّين على المصّر إلى آخره) ما تقدم كان فيها إذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة ، فلو كان حلف لا يسكن هذا المصّر أو هذه المدينة قال : لا يتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيها روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، نقله الفقيه أبو الليث عن أمالي أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكناً في المصّر الذي انتقل عنه بنفسه وإن ترك أهله وماله عرفاً فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصّر في الصحيح من الجواب) فلو حلف لا يسكن هذه القرية أو البلدة وهي قرية فانتقل إلى قرية أخرى وترك أهله وماله في الأولى لا يحنث ، وقوله في الصحيح احتراز عن قال هي كما لو حلف لا يسكن الدار فيحنث (قوله ثم قال أبو حنيفة لا بد) في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا (من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لأن السكنى من الخالف تثبت بالكل فتبقى ما بقي منه شيء) في الميسر . وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكنى في العصور ما نأمن من أن يكون خراً ، وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد أهلها مانعاً من أن نصير دار حرب إلا أن مشايخنا قالوا هذا إذا كان الباقي يتأذى به السكنى ، وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى فيها ساكناً فلا يحنث . وحقيقة وجه دفعه أن قوله السكنى تثبت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار في المكان منعناه ، وإلا لزم أنه لو سرق بعض تلك الأمثلة انتفت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فإنما هي متولة في العرف بقراره على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأذى به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل ، على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف بعد من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينتقل بعد ذلك أو تركه لتضاوته وعدم الالتفات إليه تاركاً لسكنى ذلك المكان (وقال أبو يوسف : يعتبر في البرّ نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر) بأن يغفل عن شيء كبيرة في شيء ساطع أو يتعسر (وقال محمد : يعتبر في البرّ نقل ما يقوم به كدخلائته) أي سكناه فيها انتقل إليه (لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى) إذ ليس من حاجتها . قال المصنف رحمه الله (قالوا : هذا أحسن وأرق بالناس في نفي الحنث) عنهم ، ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه ، وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى

عن أبي يوسف ، وإن كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصّر وهو الصحيح ، وإلحاقاً في ذلك العرف ليس إلا . ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب ، واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الأهل والمتاع ، فإذا أخرج بعضه انتفى سكناه لأن الكل ينتفى بانتفاء البعض . وأجيب بأن الكل ينتفى بانتفاء جزء حقيق لا اعتباري ، وما ذكرتم ليس كذلك .

وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ، فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبرّ، دليله في الزادات أن من خرج بعياله من قصره فلم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا، والله تعالى أعلم بالصواب.

على قول أبي يوسف، ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه بل على العرف في أنه ساكن أولاً. والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي يقال ليس ساكناً في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الثاني، وهذا الخلاف في نقل الأمتعة أما الأهل فلا بد في البرّ من نقلهم كلهم اتفاقاً (قوله وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبرّ) بالاتفاق، فإنه لو انتقل إلى السكة أو المسجد لم يبرّ بالاتفاق فإنهم اختلفوا قبل بحث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالاً بما في الزادات. كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع إلى خراسان فبرّ بالكوفة يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل إلى مكة صلى بالكوفة ماراً عليها أربعاً لأن وطنه الأول بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر، فكذا هنا يبقى وطنه الأول ما لم يتخذ وطناً آخر. وقيل لا يبحث لأنه لم يبق ساكناً. وقال أبو الليث: إن سلم داره بإجارة أورد المستأجرة إلى المؤاجر لا يبحث وإن لم يتخذ داراً أخرى، وإطلاق عدم الحنث أوجه، وكون وطنه باقياً في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكناً عرفاً بملك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافراً أن لا يقاتل فيه إنه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا، وإذا لم يتحرّله قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر أين يسكن، وإذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البرّ، والله تعالى أعلم.

(وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ) وقال في الشافعي: إن لم يمكنه النقل من ساعته بطريق الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يبحث لأن حالة الضرورة مستثناة خلافاً لزفر، وكذلك لو سد عليه الباب فلم يقدر على التقلّة أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يبحث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعلوم للعدار. ونوقض بما ذكره الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فأمرته طالق فقيده ومنع من الخروج يبحث، وكذا لو قال لأمرته وحى في منزل والدة إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فتعها الوالد عن الحضور حنث. وأجيب بأن في مسألة الكتاب شرط الحنث السكنى. وأنه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار. ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة، وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعلم لا يحتاج إلى اختيار (فإن انتقل إلى السكة أو المسجد قالوا لا يبرّ) وقيل يبرّ لأنه لم يبق ساكناً، ودليل الأول ما ذكرناه في الزادات أن من خرج بعياله من قصره فلم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا. وصورته: كوفي نقل عياله إلى

(قوله بطريق الليل) أقول: إذا كانت أمينة في جوف الليل (قوله أو بمنع ذي سلطان الخ) أقول: فيه بحث مخالف لما مر من قوله ومن فعل المخلوف عليه ناسياً أو مكراً فهو سواء لأن الفعل الحقيقي لا يتعمد بالإكراه وهو الشرط شامل في جزائه (قوله ويلحق الموجود بالمعلوم قلن) أقول: متفرض بفعل المنس عليه وقد سبق أنه يبحث (قوله شرط الحنث السكنى وأه فعل وجودي) أقول: لأن السكنى هي الكون على ما مر والأكوار بنهية الوجود عنه المتكلمين.

(باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك)

قال (ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث) لأن فعل المأمور مضاف إلى الأمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرها لم يحنث) لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر (ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث)

(باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب)

الخروج مقابل للدخول فناسب إعاقابه به ، ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الإتيان ، فلما ارتبطت أوردها في باب الخروج (قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر إنسانا فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الأمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فإنه يحنث ، لأن فعل الدابة مضاف إليه كذا هذا ، ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل ، والمراء من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارهها لذلك لا الإكراه المعروف ، وهو أن يتوعده حتى يفعل ، فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه لا يعدل الفعل عندنا ، ونظيره مالو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث. ولو أوجر في حلقه لا يحنث ، ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث

مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدله أن يرجع إلى خراسان فرب بالكوفة فإنه يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة ، وإن بدله في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة ويرجع إلى خراسان فرب بالكوفة فإنه يصلي بالكوفة أربعة لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر ، فكذا هذا . وفي بعض الشراح قوله قالوا لا يبر معناه إذا لم يكن في طلب مسكن آخر ، أما إذا كان وبقي على ذلك أياماً فلا يحنث في الصحيح وإن لم ينتقل إلى السكة أو المسجد لأنه لا يمكنه طرح الأمتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى لضرورة ، والله أعلم .

(باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك)

ذكر الخروج هنا ظاهر التناسب لأن له مناسبة المضادة بالدخول ، وأما الإتيان والركوب فما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج . قوله (ومن حلف لا يخرج من المسجد) ظاهر ، وكذلك الحكم في الدار والبيت . وقوله (ولو أخرجه مكرها) صورته أن يحمله إنسان فيخرجه مكرها لأنه حينئذ لم يوجد منه الفعل لحقيقة ولا حكما ، وأما إذا هدده غيره فخرج خوفاً من المكره فإنه يحنث لوجود الفعل منه ، ثم هل تنتحل اليمين إذا حمل مكرها ، قيل تنتحل . كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث واحتلت اليمين ، وقيل لا تنتحل وهو الصحيح .

(باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك)

(قوله وقيل لا تنتحل الخ) أقول : لو حلف لأشرب الخمر فطهبت في حلقه إكراهاً هل تنتحل يمينه . جـي لو شرب بعد طهوماً هل يحنث ؟ ينبغي أن يكون على هذا الخلاف ، والمذكور في الفتاوى أنه يحنث .

في الصحيح ، لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا . قال (ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها . ثم أتى حاجة أخرى لم يحث) لأن الموجود خروج مستثنى ، والمضى بعد ذلك ليس بخروج (ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد بها . ثم رجع حث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط ، إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحث حتى يدخلها) لأنه عبارة عن الوصول ، قال الله تعالى . فأتيا فرعون فقولا - ولو حلف لا يذهب إليها قبل هو كالإتيان ، وقيل هو كالخروج

في الصحيح . وقيل يحث لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالأمر . وجه الصحيح أن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه ، ولو قيل قصر الانتقال على الأمر . محل النزاع لأن من يقول يحث يجعل الرضا أيضا فلا دفع برفع اتفاقى . وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لا لتساقب الإلتلاف إليه بالأمر ، فلو ألتفه وهو ساكت ينظر فلم يبه ضمن من غير تفصيل لأحد بين كونه راضيا أو لا . ثم إذا لم يحث بإخراجه عمولا لإنسان أو بهبوب ريح حاته هل تنحل العين ؟ قال السيد أبو شجاع : تنحل وهو أرفق بالناس . وقال غيره من المشايخ : لا تنحل وهو الصحيح . ذكره الترتاشى وقاضىخان ، وذلك لأنه إنما لا يحث لا تقطاع نسبة الفعل إليه ، وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل العين فبقيت على حالها في الذمة . ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحث ؟ فمن قال انحلت قال لا يحث ، وهذا بيان كونه أرفق بالناس ، ومن قال لم تنحل قال حث ووجب الكفارة وهو الصحيح (قوله ومن حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة) ونحوه فخرج إلى جنازة ثم ذهب إلى حاجات له أخرى لم يحث لأن الخروج الموجود منه إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه ، والمضى بعد ذلك ليس بخروج لأنه ليس إلا الانفصال من الباطن إلى الظاهر والذهاب ليس كذلك (قوله ولو يحلف لا يخرج إلى مكة) أو دار فلان فخرج يريد مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حث ، وهذا لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على علمه فيحث به رجع أو لم يرجع . ومقتضى هذا أن يحث إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا إنما يحث إذا تجاوز عمران على قصد ما كأنه ضمن لفظ أخرجه معنى أسافر للعالم بأن المضى إليها سفر لكن غلى هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر يفيى أن يحث بمجرد انفصاله من الداخل (قوله ولو حلف لا يأتيها) فخرج بقصد ما (لم يحث حتى يدخلها لأن الإتيان عبارة عن الوصول ، قال تعالى - فأتيا فرعون فقولا - ولو حلف لا يذهب إليها قبل هو كالإتيان) فلا يحث حتى يدخلها وهو قول نصير . قال تعالى - اذهب إلى فرعون - والمراد الوصول إليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر

وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإنهم قالوا إنه يحث لما أنه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالأمر بالإخراج . وقوله (والمضى بعد ذلك ليس بخروج) يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج ولم يوجد . وقوله (ولو حلف لا يخرج إلى مكة) ههنا ثلاثة أفاظ : الخروج والإتيان والذهاب والأول شرط الحث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول ، قال الله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله - وأراد به الانفصال . والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى - فأتيا فرعون - فإذا وصل حث سواء كان قاصدا أو لم يكن . والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الإتيان لقوله تعالى - اذهب إلى فرعون - والمراد به الإتيان . وقال محمد بن سلمة : هو بمنزلة الخروج ، قال الله تعالى - إنما

وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال (وإن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) لأن البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ، وفسره في الجامع الصغير وقال : إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يحبس أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأت حنث ، وإن عني استطاعة القضاء دين فيها بينه وبين الله تعالى) وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيها يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف ، فعند الإطلاق ينصرف إليه وتصح نية الأول ديانة لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قبل وتصح قضاء أيضا لما بينا ، وقيل لاتصح لأنه خلافت الظاهر

الإسلام . قال المصنف (وهو الأصح) قال تعالى - ليلذهب عنكم الرجس - أي يزيله ، فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث ، وكونه استعمل مرادا به الوصول في - اذهبوا إلى فروع - لا يدل على أنه لازم في استعماله ، غاية الأمر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول ، فلا يتعين أحدهما لتحقيق المسمى بمجرد الانفصال ، وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئا ، ولو نوى به الخروج أو الإتيان صح نية . ثم في الخروج والذهاب إليه يشترط لحنث الخروج عن قصد ، وفي الإتيان إليه لا يشترط التقصد للحنث ، بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد ، كذا في جامع قاضيه خان والقوائد الظهيرية (قوله وإن حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الأفعال المستقبلية إذا حلف على أن يفعلها في المستقبل ، فلما أن يطلقها أو يؤتمها بوقت مثل لأعلن غدا أو فيما بيني وبين الجمعة ، في المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس من البر لأن العين تبقى ما أمكن البر ، وحيث لم يقيد العين بوقت يفوت البر يفوته لم تسقط العين ولم يلزم انحلالها فتبقى إلى أن يقع اليأس من البر فيحكم حينئذ بالحنث ، ولا يقع اليأس إلا في آخر جزء من أجزاء الحياة ، فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ، ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق ، وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت ، فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث ، فإذا قال إن لم أفعل كذا غدا فعبدى حر فأت قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده (قوله ولو حلف) أي بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غدا إن استطاع) وصورته في التعليق أن يقول امرأتى طالق إن لم آت كذا غدا إن استطعت ، ولا نية له تصرف الاستطاعة إلى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه ، وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون الاستطاعة التي هي القدرة

يريد الله ليلذهب عنكم الرجس - والإذهاب الإزالة ، فيكون الذهاب والافلا يشترط فيه الوصول . قال المصنف (وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال . ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين : أحدهما صحة الأسباب والآلات قال الله تعالى - والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا - وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة . والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع على حدة يرتب عليها الفعل عند إرادته وإرادة جازمة يخلقها الله تعالى عند الفعل لاقبائه عندنا ، قال الله تعالى - ما كانوا يستطيعون السمع - إذا عرفت هذا فبما نحن فيه كلامه ينصرف إلى الأول لأنه هو المتعارف ، وإن عني الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيها بينه وبين الله تعالى لأنه نوى أي أراد حقيقة كلامه . وقيل يصدق قضاء أيضا لما بينا أنه نوى حقيقة كلامه . وقيل لا يصح قضاء لأنه خلافت الظاهر ، لما بينا أن الأول هو المتعارف وفيه تحققت على نفسه .

(ومن حلف لا يخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج) لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ، وما وراءه داخل في الخطر العام . ولو نوى الإذن مرة بصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى ، ولو أراد هذه بقوله إن استطعت صحت إرادتها ، فإذا لم يأت به لعذر منه أو لغير علم لا يحنث كأنه قال لا تبتك إن خلق الله تعالى إتياني أو إلا أن لا يخلق إتياني ، وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعة الإتيان المقارنة وإلا لآتى ، وإذا صحت إرادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط ؟ قيل يصدق ديانة فقط لأنه نوى خلاف الظاهر ، وهو قول الرازي ، وقيل ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه إذا كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين . والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركا بينهما لكن تعرف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدق القاضي في خلاف الظاهر (قوله ومن حلف لا يخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث) ولا بد من الإذن في كل خروج ، ومثله إن خرجت إلا بقناع ونحوه ، لأن المستثنى في قوله إلا بإذن خروج مقرون بالإذن ، فما وراء ذلك الخروج الملتصق بالإذن داخل في الخطر العام ، وهو النكحة المؤكدة من الفعل في سياق النفي ، فإن المعنى لا يخرجني خروجي إلا بخروجي بإذن ، وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول كلما أردت انخرج فقد أدنتك فلان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيها عند أبي يوسف خلافا لمحمد . وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيها اتفاقا فكذلك بعد الإذن العام . ولأبي يوسف أنه إنما عمل نهيها بعد المرة لأنه مفيد لبقاء العيم بعده . بخلاف النبي بعد الإذن العام لأنه لا يفيد لارتفاع العيم بالإذن العام . ولو أذن لها إذنا غير مسموع لم يكن إذنا في قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : هو إذن لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره . ولهما أن الإذن إنما سمي إذنا لكونه معلما أو لوقوعه في الإذن ولم يوجد ، ثم انعقاد العيم على الإذن في قوله إن خرجت إلا بإذن فأنت طالق ، أو والله لا تخرجين إلا بإذن مفيد لبقاء النكاح ، لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته ، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لا تطلق ، وإن كان زوال الملك لا يبطل العيم عندنا لأنها لم تنعقد على مدة بقاء النكاح . ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدق القاضي ، أما إنه خلاف الظاهر . فظاهر بما قررناه ،

(ولو حلف لا يخرج امرأته إلا بإذنه احتاج إلى الإذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا إذن حنث لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ، لأن تقديره والله لا تخرجي إلا بخروجي ملصقا بإذن لأن الباء للإلصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه : أى ما وراء المستثنى داخلا تحت الخطر العام (ولو نوى الإذن مرة بصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء . ولو قال إلا أن

(قال المصنف : ومن حلف لا يخرج امرأته إلا بإذنه) أقول : في الباء إن أراد بقوله إلا بإذن مرة واحدة يتبين فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي القضاء في قول أبي حنيفة وعنده رحمهما الله ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، ويروى عنه أنه لا يلزم في القضاء . وصرح بأن الأول هو ظاهر الرواية ، وفي غاية البيان تفصيل حلق هذا المقام فراجع (قوله لأن تقديره والله لا تخرجي إلا) أقول : هذا ما لا معنى له (قوله فيقتضي ملصقا وملصقا به) أقول : يفتي ملصقا وهو الخروج ويقتضي ملصقا به وهو الإذن .

(ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) لأن هذه كلمة غاية فتنهى المين به كما إذا قال حتى آذن لك

وأما إنه محتمل كلامه فلأن الإذن مرة موجب الغاية في قوله لا تخرجي حتى آذن لك ، وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلها ، فيستعار إلا بإذنى لمعنى حتى آذن وفى حتى آذن تنحل بمرة واحدة . وقد بحث بعضهم في حتى أنها أيضا توجب التكرار ، واستدل بقوله تعالى - حتى تسأنسوا - فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم - ونحن نقول إن قام الإجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع ، وإنما الكلام في أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا لا ، فإنه إذا قال حتى آذن لك يكون قد جعل النهى عن الخروج مطلقا معيا بوجود ما هو الإذن ، وبمرة واحدة من الإذن يتحقق ما هو إذن فيتحقق غاية النهى فيزول المنع المضاف إلى اللفظ ، فلئن كان منع آخر يغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه ، وظاهر مذهب الشافعى في قوله لا بإذنى أنه تنهى العين بخرجة واحدة بإذن الزوج أو بغير إذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا إذن . وفى وجه كقولنا وهو اختيار المزنى والفعال وقوله ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) ونقل عن أحد لزوم تكرار الإذن فيه أيضا مثل إلا بإذنى وهو قول الفراء لأن المعنى إلا خروجا بإذنى لأن أن والفعل في تأويل المصدر ولا يصح إلا خروجا إذنى فلزم إرادة الباء فصار بإذنى . والجواب أنه لابد من أحد الأمرين ، أما ما ذكر من إرادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا : أى حتى آذن لك ، وعلى الأول يكون بالأول ، وعلى الثانى يعتقد على إذن واحد ، وإذا لزم في إلا أن آذن لك أحد المجازين وجب الرجوع منها ، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لأنه تصرف في وصف اللفظ ، ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالإعدام مع الإرادة ، ثم هو موافق للاستعمال القرآنى ، قال تعالى - لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم - فلان قيل : قد تحقق بمعنى ما يباشر الباء أيضا في قوله تعالى - لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم - الآية ، والثابت وجوب تكرار الإذن . أجيب بالمنع ، بل وجوب التكرار بغيره من الأدلة الموجبة منع دخول الإنسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بإذنه ، وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل - وما تشأمون إلا أن يشاء الله - ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله - ولكن لاواعدهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا - لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم -

آذن لك كفى إذن واحد لما ذكر في الكتاب . واعترض عليه بقوله تعالى - لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم - وكان تكرار الإذن لازما . وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى - إن ذكركم يؤذى النبي - وتام التقرير فيه ذكرناه في الأنوار والتقرير ، ومعنى قوله لأن هذه كلمة غاية : أى كلمة تفيد معنى الغاية لأن إلا أن ليس موضوعا لها بل للاستثناء ، وتعلل حله عليه لأن صلب الكلام ليس من جنس الإذن حتى يستفي الإذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما ، وهو أن حكم ما قبل الغاية مخالف لما بعدها ، كما أن حكم ما قبل الاستثناء مخالف حكم ما بعده .

(قال المصنف : إلا أن آذن لك الخ) أقول : قال الإمام الزيلعي : ولو نوى التمسك بقوله إلا أن آذن لك صدق قضاء لأنه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لأن كلمة أن وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال : إلا بأن آذن لك ، ولأن فيه تدليلا على نفسه فيصدق له . وفيه احتمال آخر مذکور في شرح الوقاية كصدور الشرية .

(ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجاءت ثم خرجت لم يحنث) وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فركه ثم ضربه وهذه تسمى بيمين فور. وتفرّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره. ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا، ومبنى الإيمان عليه (ولو قال له رجل

وغير ذلك فإن كلا منها مستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر، فلما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواء. وقد أجيب أيضا عن الآية الأولى أن لزوم تكرار الإذن للعلّة المنصوصة فيها من قوله تعالى - إن ذلكم كان يؤذى النبي فيستحي منكم - فالزم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لأن خروج المرأة بغير إذن الزوج مما يؤذى الزوج أيضا، وهذا ذهول عظيم لأن الثابت بالعلّة المنصوصة في قوله تعالى - إن ذلكم كان يؤذى النبي - المنع الذي هو حكم شرعي، وهو يثبت بالعلل الشرعية، أما هنا فالنظر فيها تتعقد عليه بيمين الخالف ويلزم بعلمه الكفارة، وذلك لا يكون إلا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلّة لو صرح بها بأن قال والله لا أشرب ماء العذب المشتد لإسكاره فإنه لو شرب مررا لا يقول أحد إنه حنث ولزمه كفارة مع أنه لم يحلف عليه. بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا، فكيف إذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا إذن. نعم قد يقال: لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول إلا بإذن، وكل مشيئة للعباد إلا بمشيئة الله تعالى، وكل قول إلى فاعل غدا كلها إلا بقرانه بالمشيئة نسوي الأدلة المذكورة خصوصا في الأخير. ولو فرض الإجماع على ذلك فستند الإجماع ليس إلا هذه الأدلة. وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا النجاس أكثر والكثرة من أسباب الترجيح، وحيثئذ كون غير مجاز الحلف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحلف فيه مطردا مستمرا مفهوما من اللفظ بلا زيادة تأمل. وأنت عامت أن حلف حرف الجر مع أن وأن مطرد وهذا لفظان آخران مما إلى أن آذن لك. ويجب أن يسلك به مسلك حتى، وبغير إذن، ويجب فيه تكرار الإذن مثل لا بإذن لأن المعنى فيهما واحد منع وجود الباء، وهذا كله بخلاف ما لو قال لا أكلم فلانا إلا بإذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن أو إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم، أو أم قال كرجل في داره والله لا يخرج إلا بإذن فإنه لا يتكرر اليمين في هذا كله لأن قلوب فلان لا يتكرر عادة، والإذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الإذن، وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة، بخلاف الإذن للزوجة فإنه لا يتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج، إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه، فكان الاقتصاد في هذا الوجود الصارف عن التكرار، لا لأن العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا، وثبوت خلافه للصارف العرفي، ثم ذلك المؤدى اللغوي في مثل إن خرجت إلا بإذن، وإلا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك (قوله ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجاءت ثم خرجت لم يحنث، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فركه ثم ضربه، وهذه تسمى بيمين الفور، انفرد أبو حنيفة رضى الله عنه بإظهارها) وكانت اليمين في عرفهم قسمين: مؤبدة وهي أن يحلف مطلقا،

قال (ولو أرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين بيمين فور) وهو في الأصل مصدر، فارت إقتدر إذا غلت، فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث، فقبل جاء فلان وخرج فلان من فوره: أى من ساعته (وتفرّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره) أى باستنباطه، وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين: مؤبدة، ومؤقتة لفظا. ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والمؤقت معنى، وقد أخذه من

اجلس فتعدّ عندي قال إن تغديت فعبدي حرّ فخرج فرجع إلى منزله وتغدى لم يحش (لأن كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى إلغاء المدعو إليه ، بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ (ومن حالف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون

ومؤقّدة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر . فأخرج أبو حنيفة رضى الله عنه يمين القور وهي يمين مؤبّدة لفظاً مؤقّدة معنى تنقيده بالحال . وهي ما يكون جواباً لكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لآخر تعال تعدّ عندي فيقول إن تغديت فعبدي حرّ فينقيده بالحال ، فإذا تغدى في يومه في منزله لا يحش لأنه حين وقع جواباً تضمن إعادة ما في السؤال والمسئول الغداء الحالى فينصرف الخلف إلى الغداء الحالى لتقع المطابقة فلزم الحال بدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال إن تغديت اليوم فإنه يحش إذا تغدى في منزله من يومه لأنه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا يجيباً فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال ، ولإغاؤه أولى من إلغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالى ، كأمرة تهبّات للخروج فحلف لا يخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحش لأن بقصدته أن يخرجها من الخروج الذى تهبّات له فكانه قال إن خرجت الساعة ، ومثله من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه ، فإذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحش للمالك بعينه . وقال زفر رحمه الله يحش . وهو قول الشافعى لأنه عقد بعينه على كل غداء وغروج وضرب ، فاعتبر الإطلاق اللفظى وهو القياس . وجه الاستحسان ما ذكرنا ، والكلام فيها إذا لم يكن للحال نية (قوله ومن جلف لا يركب دابة فلان) اعلم أنه إذا

حدث جابر وابنه رضى الله عنهما حين دعيا إلى نضرة رجل فحلفا أن لا ينصرا ثم نصرا ولم يحشا ، واعتبر في ذلك العرف فإن الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعهما عن الخرجة التى تهبّات لها إلا من الخروج على التأبید ، فإذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهى العین فلا يحش بعد ذلك ، وإن خرجت والعرف له اعتبار في باب الأيمان ، وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر إن ضربته فعبدي حرّ ينقيده بتلك الضربة ، وعلى هذا إذا قال له اجلس تعدّ عندي فقال إن تغديت فعبدي حرّ وكلامه ظاهر . ولو قال إن تغديت اليوم يجعل مبتدأ لأنه زاد على مقدار الجواب ، ففي تطبيقه على السؤال إلغاء الزيادة . فإن قيل : الزيادة لا تنصرف جواباً للسؤال ؛ ألا ترى إلى قوله تعالى - قال هي عصاى أتوكأ عليها وأهش بها على غنمى ولى فيها مآرب أخرى - في جواب قوله تعالى - وما تلك بيمينك يا موسى - كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاى ولم يخرج عن كونه جواباً . أجيب بأن كلمة وما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات ، وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجعل بينهما ليكون يجيباً على كل حال . قال صاحب النهاية : لى هذا أشار في الفوائد الظهيرية ، وفيه نظر . لأن أهل البلاغة قالوا : إن دما يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن حافظة . سلمنا . ولكن الأفعال المستندة إلى موسى عليه السلام لا تكون أوصافاً ، ولئن كانت لا تكون أوصافاً للعصا . وأقول : الزيادة على حرف الجواب لا تنصرف عن كونه جواباً له البتة ، وإنما يجعل كلاماً مبتدأ إذا كان ثمة مصرف يمكن حله عليه إعمالاً للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جواباً يلوّح إلى هذا قوله فيجعل مبتدأ (قوله ومن جلف لا يركب دابة فلان) الدابة في اللغة كل ما يبدب من الحيوانات :

(قوله أن ما يسأل بها الخ) قوله : قال العلامة الشافعى في شرح المفتاح : لست بالشافعى في السؤال عن وصف آول العلم أو غيرهم كثير في اللغة له . في ما ذكره الشارح بحيث (قوله ولئن كانت لا تكون أوصافاً للعصا) أقول : وأنت خير بالله لا ملغ من الظنون بحيث تكون

لم يحنث (عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده . وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو له لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفاً ، وكذا شرعاً قال عليه الصلاة والسلام من باع عبداً وله مال فهو لبائع الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف : في الوجه كلها : يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة . وقال محمد : يحنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما .

حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه ، فلو ركب جله أو فياه لم يحنث وإن كان اسم الدابة لما يدب على الأرض ، لأن العرف خصصه بالركوب المعتاد والمتعارف هو ركوب هذه الأنواع الثلاثة فيعتد به ، وإن كان الحمل مما يركب أيضاً في الأسفار وبعض الأوقات فلا يحنث بالحمل إلا إذا نواه ، وكذا القيل والبقر إذا نواه حنث وإلا لا . وينبغي إن كان الخالف من البلدان ينعقد على الحمل أيضاً بلانية لأن ركوبها معتاد لهم ، وكذا إذا كان حضرياً جالاً واحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلانية . وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة ، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلاً لا يصدق دابة ولا قضاء . لأن نية الشخص لا تصح في غير اللفظ . وسواء في تمامه في الفصل الذي بعده ، ولو حل على دابته مكرهاً لا يحنث على وزان ما تقدم في أول الفصل ؛ ولو حلف لا يركب مركباً ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو حبل أو دابة

أى : يتحرك مشياً على وجه الأرض ، قال الله تعالى - وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها - ويتعلق الركوب بها بعين ما يركب منها مراداً كالبعل والفرس والبعير والحمار والبقر والحمير والخيول والقباس . واستحسن العلماء في حقه الهين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذوا من قوله تعالى - وأخيل والبغال والحمير لركوبكم - ذكرتم ركوبها في هذه الأنواع الثلاثة : فأما في الأنعام فقد ذكر منجبة الأكل بقوله تعالى - والأنعام خلقتها لكم - الآية . وبالعرف ، فإنه إذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وإن كان يركب في بلاد الهند ، إلا إذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه ، وفيه تشديد عليه . وإذا عرف هذا فن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة ، وهذا إذا لم ينو . فأما إذا نوى وركب دابة العبد فيحنث ، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده : أى فيها ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة ، حتى لو أعتق عبد عبده لا يعتق وتلحق مما ذكرنا المستثنى منه في قوله إلا أنه إذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه ، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو له لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفاً حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان . وشرعاً قال صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فإله مالوه » فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف : يحنث في الوجه كلها ، وهى ما إذا لم يكن عليه دين ، وكان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق إذا نوى . ووجه ذلك أن دين العبد وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده إلا أنه يضاف إلى العبد فتختل الإضافة إلى المولى فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية . وقال محمد : يحنث في الوجه كلها وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك للسيد إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما .

لو صافنا نصاً فليتلحق (قوله لا حبار حقيقة الملك) أقول : وفيه بحث .

(باب اليمين في الأكل والشرب)

ولو ركب دابة عبد مأذون له مذيون أو غير مذيون لم يحنث عند أي حنيفة إلا أن ينوي دابة عبده فيحنث به .
إلا إذا كان على العبد دين مستغرق فإنه لا يحنث . حيث لا يركوبها وإن نوى دابة العبد أيضا لأنه لا ملك للمولى فيه
عند أي حنيفة رحمه الله ، وأما أنه لا يحنث بركوب دابة العبد وإن لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق
إلا أن ينويه فلأن الملك فيه وإن كان للمولى لكنه عرضت إضافته إلى العبد عرفا وشرعا . قال صلى الله عليه وسلم
« من باع عبدا وله مال فإله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع ، وإن باع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط
المبتاع » أخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم ، فاختلت إضافة المال
إلى المولى وإن كان ملكا له فقصر الإطلاق عن تناوله إلا بالنية . وقال أبو يوسف في الوجه كلها : وهو ما إذا
لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث إذا نواه ، فتحقق خلافه لأي حنيفة فيما إذا كان عليه دين
مستغرق ونواه فإن عند أي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لها في يده ، وعند أبي يوسف هو مملوك للسيد وإن
استغرق فيحنث بنيه . وقال محمد : يحنث في الوجه الخمسة ، وهي ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق
أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو اعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها : أي انعقدت يمينه على كل
دابة يملكها المحلوف على دابته دوما في يد المأذون ملك السيد وإن كان مذيونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها ،
وقول محمد هو قول مالك والشافعي وأحمد ، والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله أسعد بالعرف هنا ، فإنه يقال هذه دابة عبد
فلان ، وتلك دابة سيده فينصرف اليمين إلى ما يضيفه العرف إليه لا إلى ما يضيفه الملك إليه مع إضافة العرف إياه
إلى غيره ، وأقل ما يجب إذا صارت هذه الدابة تضاف إلى كل منهما أن لا ينعقد عليها إلا بقصدها ، لأنه إن نظر
إلى إضافتها إليه انعقدت عليها ، وإن نظر إلى إضافتها إلى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها إلا أن ينويها غير أنه
يقول إذا كان دينه مستغرقا القطعت الإضافة إلى السيد بالكلية لانعدام الملك لأن العرف ما كان يضيفه إلى السيد
مع إضافته إلى العبد إلا باعتبار ملكه ، فإذا انتهى انتهى .

(باب اليمين في الأكل والشرب)

أعقبه الخروج لأن الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب إليه الإشارة
بقوله تعالى - فامشوا في منابكها وكلوا من زرعها - على ما يقال . والأكل لإيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف

(باب اليمين في الأكل والشرب)

قد ذكرنا أن أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكن ثم الأكل والشرب ، وهذا الباب لبيان اليمين عليهما . واعلم
أن ما يصل إلى جوف الإنسان لا يخلو عن أربعة أوجه : مأكول ، ومشروب ، ومحصوص ، وملعوق ، فالأكل
ما يتأتى فيه المضغ والشم لا المصوغ ، حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلا . والمشروب
الما يتأتى فيه ذلك ، فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ، ولو حلف لا يشربه فشربه فيه وأكل لم يحنث .

(باب اليمين في الأكل والشرب)

قال (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه أضاف العين إلى المايوكل فينصرف إلى مايجز منه وهو الثمر لأنه سبب له فيصالح مجازا عنه، لكن الشرط أن لا يتغير بصرته جديدة حتى لا يحنث بالنبذ والحل والديس المطبوخ.

وإن ابتلعه بلا مضغ، والشرب لإيصال مالا يتأق فيه المضغ كالماء واللبن والنبذ هكذا في التجريد. وذكر الزندوسقي أن الأكل عبارة عن عمل الشفاء والحلق. والنوق عبارة عن عمل الشفاء دون الحلق. والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاء. والمص عبارة عن عمل اللهاة، فعل هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي أن لا يحنث. وفي فتاوى أبي الليث ما يدل على أنه يحنث وهو الصواب، إذ لاشك في أنه أكل إذا كان مما يعضغ على تفسيره لإيصال ماً بحيث يعضغ إلى الجوف، ولا شك أن قوله عمل الشفاء إنما يراد حركتها فهو في الكل، ويلزم أن يحنث ببلع ما كان في فمه لأنه لا بد من حركة شفثيه، وهذا لأنه لا يمكن أن يراد من عمل الشفاء هشمها. والحق أن النوق عمل القم فجرد معرفة الطعم وصل إلى الجوف أو لا. قيل فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق. ولا يخفى أن الأكل إذا كان إيصال ماً بحيث يهشم لم يكن عمل القم، متبراً في مفهومه. وإن كان قد يتحقق معه فقد لزم أن بينهما عموماً من وجه فيجتمعا في إيصال ما هشم فإن الهشم عمل القم: أعنى الحنكين، وينفرد اللوق فيما لم يوصل والأكل فيما ابتلع بلا مضغ مما بحيث يعضغ ولا يعرف طعمه إلا بالمضغ كقلب اللوز والجوز، لكن في المحيط: حلف لا يلوق فأكل أو شرب يحنث، ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنث باللوق. وما روى هشام: حلف لا يلوق فينبغي على اللوق حقيقة وهو أن لا يصل إلى جوفه إلا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول تعالى تغذ معي فحلف لا يلوق معه طعاماً وشراباً، فهذا على الأكل والشرب يدل على أن عدم الوصول إلى الجوف مفهوم من مفهوم اللوق، فعل هذا ينبغي أن لا يحنث بالأكل في الحلف على اللوق، والذي يغلب ظنه أن مسألة المحيط يراد بها الأكل للقرن بالمضغ أو البلع لما لا يوقف معرفة طعمه على المضغ. لأننا نقطع بأن ابتلاع قلب لوزة لا يقابل فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعه، وإذا حلف لا يأكل شيئاً ما لا يتأق فيه المضغ فحاطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حث، ولو عني باللوق الأكل لم يصلق في القضاء. ولو حلف لا يأكل عنياً أو زماناً فجعل يمتصه ويرى ثقله ويتبع المتحصل بالمص لا يحنث، لأن هذا ليس أكلاً ولا شرباً بل مص. ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث. ولو ثرد فيه فأوصله إلى جوفه حث. ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فأكله لا يحنث، ولو شربه حث. قيل هذا إذا حلف بالعربية، أما إذا حلف بالفارسية فإنه يحنث مطلقاً وهو الصحيح لأن كلا من الأكل والشرب يسمى خردن، فإذا قال نعى خرم بلا نية صدق عليها فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى. ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فعضه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث، ولو أكله مبلولاً حث، والسويق إذا شربه بالماء يكون شرباً لا أكلاً، فإن بله بالماء فأكله حث (وقوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالثلثة: أى مايجز منه لأنه أضاف

والمصبروص هو ما يحصل بملاص اللهاة، فلو حلف لا يأكل عنياً أو زماناً فعضه ورى ثقله وابتلع ماء لم يحنث لا في الأكل ولا في الشرب. والمملوق هو ما يتناول بالجلس بالأصبع والشفاء، فإذا عرف هذا رجعتنا إلى ما في الكتاب، فقله فهو على ثمرها: يعنى إذا كانت لها ثمرة، وأما إذا لم يكن فإمين تقع على ثمرها لأنه أضاف العين إلى المايوكل فينصرف إلى مايجز منه لأن الحقيقة إذا تعلق بصر إلى المجاز، وما يجر منه صياح لكونه

(وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث . وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمرًا أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث) لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى التمين ، وكذا كونه لبناً فيتقيد به ، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف التمين إلى ما يتخذ منه ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكأنه بعد ماشاخ لأن هجران المسلم يمنع الكلام منهى عنه فلم يعتبر الداعي داعياً في الشرع

التمين إلى ما لا يؤكل ، ومثله لا يحلف على عدم أكله لأنه ممتنع الأكل قبل التمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفه إلى ما يخرج منها تجوزاً باسم السبب وهو النخلة في السبب وهو الخارج لأنها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد ، فلا يحنث بالتبذيل والخل والتألف والديس المطبوخ . واحتراز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فإنه يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لأن ما توقف على الصنعة ليس بما خرج مطلقاً ولذا عطف عليه في قوله تعالى - ليأكلوا من ثمره وما عمته أيديهم - وقيل لأن ما يحصل بالصنعة ليس بما خرج ابتداء من النخلة . ومن لا ابتداء الفايحة ، وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه . ولا يخفى أن من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية ، نعم من المذكورة في التأويل : أعنى قوله لا تأكل ما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور ، ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنه وحصره وزبيبه وعصيره . وفي بعض المواضع دبه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ، ولأنه كان كامناً بين القشر ، بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لأن حقيقته ليست مهمجرة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ، ثم انصرف التمين إلى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما إذا كان لها ثمرة ، فإن لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمرها فيحنث به : أي إذا اشترى به ما كولا .

[فرع] حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنها منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث ، وقال بعضهم : يحنث (قوله وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث) . وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرًا أو من هذا اللبن فصار شيرازاً (أي راتياً وهو الخائر إذا استخرج مائه فأكله لا يحنث) لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى التمين يقيده في المعروف

مجازاً ، لأنه : أي ما لا يؤكل سبب له فينصرف إلى ما يخرج منه ، وذكر السبب وإرادة السبب مجاز شائع ، ولكن يشترط أن لا يتغير بصنعة جديدة لأن ما يصنع من ذلك التمر ليس بتمر فلا يحنث بالتبذيل والخل والديس المطبوخ ، وقيد بالمطبوخ وإن كان الديس لا يكون إلا مطبوخاً احترازاً عما إذا أطلق اسم الديس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من اللخيرة وغيره . وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذا البسر) ظاهر ، وكلامه يشير إلى قاعدة هي أن التمين إذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى التمين فيتقيد التمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم . ولذلك لا يحنث من حلف لا يأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطباً والرطب تمرًا واللبن شيرازاً وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالودج الخائر . فإن قيل :

(قوله لأن ما يصنع من ذلك التمر ليس بتمر) أقول : لو صح هذا لم أن لا يحنث بأكل ما يسيل من الرطب لأنه ليس بتمر أيضاً .

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث) لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى العين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش .

والمنكر ، فإذا زالت زال العين عنه ، وما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون العرف ، وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو إلى العين بحسب الأمزجة ، وكذا صفة اللبنة فإذا زالت زال ما عقد عليه العين فأكله أكل مالم تنقذ عليه ، ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولأن اللبن مأكول فلا يتعقد إلا على عينه لا على ما يصير إليه لأن الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا يسمنه وزيده ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم يمنع الكلام معه منهي عنه فلم يعتبر ما يحال داعياً إلى العين من جهله وسوء أدبه إذا كان الشارع منعاً من هجران المسلم ، طلقاً مع علمه بأن الداعي قد يكون كلنا وكلنا فوجب الاتباع ، ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان الله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا تمام أن الشارع منع الهجران مطلقاً فحيث حلف لا يكلمه لا يحنث إلا أنه وجد المسوغ ، وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وإشيعته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها (قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى العين) فلا تتقيد به فانتقدت على ذاته فيحنث به كبشاً لوجود ذاته فيه ، وإما قلنا ليست داعية لأن الصغر دافع إلى الأكل لا إلى علمه ، فالمتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعاً عنه كبشاً ، وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محموداً في الضمان لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النجس بين الجليدين بخلافه كبشاً فإن لحمه حينئذ أكثر قوة وتقوية اللبن لقله رطوباته فصار كالخلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمراً لا يحنث . واعلم أن إيراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا يكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف النطق إلى المعتاد في العمل والعرف في القول ، وأن المتكلم لو أراد معنى تصح إرادته من النطق لا يمنع منه . ففي مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدرك تحسه إلا أفراد عرفوا شيئاً من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف العين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحاً في الغاية عند العموم لا يحنث على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حافه إليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قبيهاً ، وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم ، وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى العين في حق العموم فينصرف إلى ذاته ، وهذا لا ينبغي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدبه

فعلى هذا إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ يبنى أن لا يحنث لأن الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين إلى العين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث . أجاب بقوله وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ . ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام ، قال جل الله عليه وسلم « من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا » الحديث . والمهجور شرعاً كالمهجور عادة ، فانتقدت العين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث فيمنه . واعترض على دليل الكتاب بأننا سلمنا أن هجران المسلم حرام ، لكن الإحرام يقع محلوفاً عليه ، كما لو قال والله ليشرين اليوم تمراً . وأجيب بأن الكلام في أن الحقيقة يجوز أن ترك بهجران الشرع فيها إذا كان الكلام محتملاً للمجازح لا لأمر المسلم على الصلاح ، وأما أن العين تنعقد على الإحرام المحض فلا كلام فيه . وقوله (ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) ظاهر .

قال (ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطباً لم يحنث) لأنه ليس ببسر (ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل مذنباً حنث عند أبي حنيفة ، وقالوا لا يحنث في الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطباً والبسر المذنب يسمى بسراً فصار كما إذا كان اليمين على الشراء . وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر . والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب ، وكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيقع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشتري رطباً فاشتري بكاسة بسر فيها رطب لا يحنث) لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الأكل يحنث) لأن الأكل يصادفه شيئاً فشيئاً فكان كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله فاشتري حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشعير لما قلنا .

صبي علم أنه لا يزيد على إلا ترك الكلام معه . أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فقد يمينته في الأول على مدة كونه حلاً . وفي الثاني على مدة صباه . فإننا نقول : لو أراد خالف بتقييده بالحملية والصلبا لم تمنعه وصرفنا يمينته حيث صرفها ، وإنما الكلام إذا لم ينو شيئاً فإنما يسلك به ما عليه الجموع أخطأوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فإنك تدفع به كثيراً من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة (قوله ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث لأنه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين (قوله ومن حلف لا يأكل بسراً أو رطباً أو حلف لا يأكل بسراً ولا رطباً فأكل بسراً مذنباً) بكسر النون : وهو ما بدأ الإراطاب من ذنبه (حنث عند أبي حنيفة ، وقالوا لا يحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف . وأكثر كتب الفقه المعتمدة مثل المبسوط وشروحه . وكافي الحاكم وشرح الطحاوى والإسبيجاني وشروح الجامعين والإيضاح والأمرار والمنظومة وغيرها مما يغاب ظن

قال (ومن حلف لا يأكل بسراً) هذه المسئلة على أربعة أوجه : إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بسراً مذنباً بكسر النون وهو ما بدأ الإراطاب من قبل ذنبه وهو ماسفل من جانب القيم والعلاقة وتفسيره هو الذى عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينته في قولهم . وكلنا إذا حلف لا يأكل رطباً مذنباً وهو الذى عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم . ولو حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً فيه شيء من البسر حنث . في قول أبي حنيفة ، وقالوا : لا يحنث . ولو حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافاً لما على رواية الكتاب . وذكر في الإيضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث في هاتين الصورتين . وقال صاحب النباهة . والله أعلم بصحته : لما أن الرطب المذنب ينهى رطباً ، فإذا حلف لا يأكل بسراً وأكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث ، وكذلك بالعكس وصار كما إذا حلف لا يشتري رطباً فاشتري بسراً مذنباً لا يحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب) فيحنث في الصورتين وإن كان أحدهما غالباً . والآخر مغلوباً . ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق . فكذلك إذا أكله مع غيره . واستشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث ، وإن شرب المخلوف عليه وزيادة ، وأشار المصنف إلى الجواب عنه بقوله (وكل واحد مقصود في الأكل) يعنى بخلاف صورة اللبن ، فإن اللبن لما صب فيه الماء شاع وماع في جميع أجزائه اللبن فصار سهلاً ، ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصوداً بالشرب . وقوله بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر . وقوله : (ولو حلف لا يشتري شعيراً)

(ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحما في القرآن . وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء

خطأ خلافه ذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة رجهما الله . وصور المسئلة أربع : اتفاقيتان : وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذبا ، وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذبا فإنه يحنث في هاتين اتفاقا . وخلافيتان : وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذبا ، وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذبا فإنه يحنث في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . وجه قول أبي يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لأن الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المخلوف عليه فلا يحنث ، وكذا لا يحنث في شرائها بحلفه لا يشتري بسرا أورطبا . ووجه قولهما أن أكل ذلك الموضوع هو أكل رطب وبسر فيحنت به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه مبغض ويبلغ مبغضه وابتلاع بخصه فلا يتبع القليل منه الكثير ، بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشتري منهما فيكون القليل فيه تبعا للكثير ، وكذا لو حلف أن لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بنثر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا ، وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حنث ، وإن حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه . وقد يقال أولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده . أما لو أكل ذلك أهل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الأكل ، وثانيا هو بناء على اعتقاد اليقين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لأكله كل بسر في العرف فكان قول أبي يوسف أقعد بالمعنى ، والله أعلم . قوله ومن حلف لا يأكل لحما (لحم النخ) تعتقد هذه اليقين على لحم الإبل والبقر والحموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا ، وفي حنثه بالنخ خلاف الأظهر لا يحنث ، وعند القتيبي أن الليث يحنث ، فلو أكل لحم السمك لا يحنث ، والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبي يوسف لأنه سمي لحما في القرآن ، قال تعالى - لتأكلوا منه لحما طريا - أي من البحر وهو السمك ، وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع إلى أبي حنيفة فأخبره فقال أرجع فأسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فيجلس على الأرض ، فسأله فقال لا يحنث ، فقال أليس أنه قال تعالى - والله جعل لكم الأرض ساطعا - فقال له سفيان : كأنك السائل الذي سألتني أمس ؟ فقال نعم ، فقال سفيان : لا يحنث في هذا ولا في الأول ، فرجع عن ذلك القول . وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف في وجه الاستحسان أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لاحتمالية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السبك لسكونه في الماء ، ولذا حل بلا ذكاة . فإنه ينتقض بالألية فإنها تعتقد من الدم ، ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحما ولا تذهب أوهاج أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم ، ولذا لو قال اشترى رطبا فاشترى سمكا عد مخالفا ،

كاليان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر . (ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والأصل فيه أن اللفظ إذا تناول أفرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ، ولحم السمك فيه قصور لأن اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف . وقال المصنف : لا دم فيه ، يجعله بمنزلة المعلوم

(قال المصنف : وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء) أقول : فيكون قاسرا في التسمية

(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث) لأنه لحم حقيقى إلا أنه حرام . والعين قد تعتقد المنع من الحرام

وأيضاً يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والأيمان لا يبنى على الاستعمال القرائى ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافر أو لا يمس على وتدفلس على جبل لا يحنث مع تسميتهما فى القرآن دابة وأوتادا ، وهذا كله إذا لم ينبو ، أما إذا نوله فأكل سمكا طريا أو مالحا حثت .

[فرع] لو حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث إلا إذا كان نواه (قوله وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث) لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام والعين تعتقد على الحرام منعا وحلا وإن وجب فى الحمل أن يحنث ، بخلاف النذر للنص ولأنه فى معصية الله تعالى ، ولما كان يرد عليه أن الأيمان يبنى على العرف ولا تذهب الأوهام فى أكل اللحم إلى أكل لحم الآدمى والخنزير وإن مسمى فى العرف لحم الآدمى لحما وكذا لحم الخنزير ، لأن الواجب العرف فى قولنا أكل فلان لحما كما فعلنا فى لا يركب دابة فلان اعتبر العرف فى ركب فلان المتبادر منه ركب هذه الأنواع فتقيد الركوب بالخلوف عليه به . ثم نقل العتاق خلافة فقال : قيل الخالف إذا كان مسلما ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمعصية ، ومبنى الأيمان على العرف قال وهو الصحيح . وفى الكافي عليه الفتوى . وما قيل العرف العمل لا يقيد اللفظ غير صحيح ، وقد قدمناه فى نكاح الفضولى ردا على المصنف هناك . وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادات فكيف تجب بفعل هو حرام محض ؟ وأجيب بأن الحل والحرمه إنما يراعى فى السبب والسبب فى وجوب الكفارة العين وإن كان متعلقا بالعين والحنث ، وإنما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وإن كان السبب هو العين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالإباحة والحرمه بالإباحة للعين والمخطر للحنث ، وهذا انصراف عن الملعب الجميع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه العين مذهب الشافعى وإلقاء الشرأشر عليه ، وكان يغنى عن التهاك فى إثباته فيما تقدم تسليا أن العين سبب ، ولكننا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر ، وحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم ، ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه فى الجواب من أن الإضافة فى كفارة العين إلى الشرط لا إلى السبب ، وكل هذا يسبب التزام أن الكفارة فى العين لسر الجنابة الثابتة بالحنث ، ونحن جعلناها جبرا لحرمه اسم الله تعالى الغائبة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة ، وهذا لأن الحنث إذا كان واجبا استحال أن يكون حراما ، وما يظن من أنه يصح وأجبا حراما من وجهين توهم ، وإلا فعنى الواجب

لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه (وإن أكل لحم خنزير أو إنسان حثت لأنه لحم حقيقى إلا أنه حرام ، والعين قد تعتقد المنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادات فلا ينافى وجوبها بما هو حرام محض ، وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به ؟ وأجيب بأن هذه مغالطة لأن الكفارة تجب بعد عين تقضت بالحنث وقد وجدت ، وكون الحنث بأمره باح

والفاسد بما يل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازا (قال المصنف : وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث) أقول : قال صاحب الكافي : وذكر الزاهد العتاق لا يحنث ، وعليه الفتوى اه . قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافي فأنهم . قال التزيلى : فكانه أمير العرف ولكن هذا عرف عمل فلا يصلح مقيدا ، بخلاف العرف القبطى : ألا يرى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على إنسان للعرف القبطى فإن العرف لفظا لا يتناول إلا الكركم وإن كان فى اللغة يتناول ، ولو حلف لا يركب شيئا حث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العمل وهو أنه لا يركب حادة لا يصلح مقيدا اه . العرف العمل يصلح مقيدا عند مشايخنا بل قد ذكر فى كتب الأصول فى مسئلة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز مضارفا .

(وكذا إذا أكل كبدا أو كرشا) لأنه لحم حقيقة فإن نغوه من الدم يستعمل استعمال اللحم . وقيل في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحما (ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى شحما لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة ، وقالوا : يحنث في شحم الظهر أيضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو اللوب بالنار . وله أنه لحم حقيقة ، ألا نراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في البين على أكل اللحم ، ولا يحنث ببيعه في البين على بيع الشحم ، وقيل هذا بالعربية ، فأما اسم بيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال .

الحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيًا عنه وطلبًا له ، فكيف يكون بعينه مطلوب العدم . مطلوب الإيجاد في وقت واحد فليس ذلك إلا وهما من الأوهام ، ومثله في كفارة الإحرام تبيت ، ولا جناية إذا كان مريضًا أو به أذى من رأسه (قوله وكذا إذا أكل كبدا أو كرشا) أو رقة أو قلبًا أو طحالًا : يعني يحنث لأن نغوه من الدم ويستعمل استعمال اللحم . وقيل في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحما . قال في الخلاصة : هذا في عرف أهل الكوفة ، وفي عرفنا لا يحنث ، وذكره في المحيط أيضًا . ولو أكل الرأس والأكارع يحنث . وبه قال الشافعي في الأصح . ولا يحنث بأكل الشحم والآلية إلا إذا نواه في اللحم . بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لأنه تابع للحم في الوجود . ويقال في العرف لحم سمين (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى شحما لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة . وقالوا : يحنث في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو اللوب بالنار) فزعم كونه من نفس مسماه ، ولذا استثنى في قوله تعالى - حرّمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما - فيحنث به (وله أنه لحم حقيقة لأنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم) في اتخاذ ألوان الطعام والبقايا فيجعل قطعًا وبقايا فيأكل ليؤكل أكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم (وتحصل به قوته ، ولهذا يحنث بأكله في البين على أن لا يأكل اللحم ، ولا يحنث ببيعه في البين على أن لا يبيع شحما) والقاطع بنى قولهما . إن العرف لا يفهم من اسم الشحم إلا ما في البطن وهو الذي يسمى باله شحما في العرف ، وبائع ذلك يسمى لحما ، والأيمان لا ينبغي على الأسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء . وقول بعض الشارحين شحم الظهر إما آية أو لحم أو شحم لا قائل إنه آية وليس بلحم لأنه يلوب دون اللحم . وأيضًا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فمعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على أن يمنع كونه ليس بلحم ، والاستدلال عليه بأنه يلوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا ، وبه يلزم كون اللوب ليس لازما محتضا ، واللوازم جاز كونها مساوية للزومها وكونها أهم منه فقتصر على الأنواع المتباينة في لازم واحد فكان كون اللوب يتحقق فيها ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا منع أنه لا يقال له لحم الظهر بل تقطع أنه يقال له لحم سمين ، ولو قيل هذا لحم الظهر أو من الظهر بعد غلطًا ، ولذا صحح غير واحد قول أبي حنيفة ، وذكر الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الأصح ، وما في الكافي من قوله نصارت الشحوم أربعة : شحم الظهر ، وشحم مختلط بالعظم ، وشحم على ظاهر الأمعاء ، وشحم البطن ، ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق . والثلاثة على الاختلاف لا يحنث من نظر ، بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم . قال الإمام المرحوم : إن أحدا لم يقل بأن مخ العظم شحم اه . وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الأمعاء لأنه لا يختلف في تسميته شحما (قوله وقيل هذا) أي الخلاف فيها أحرام لا مدخل له في ذلك أشار إلى هذا قوله واليمين قد تعهد بالمنع من الحرام . قوله (وكذا إذا أكل كبدا) ظاهر .

(ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحما أو شحما فاشتري آية أو أكلها لم يحنث) لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

إذا قال بالعربية ، فأما اسم به بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث إذا عقد بالفارسية بأن قال : نهي خرم بيه ثم أكل شحم الظهر (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحما أو قال شحما فاشتري آية أو أكلها لم يحنث لأنه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق أنه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ، ولا في يمين الشحم خلافا لأحد للعرف والعادة ، وأما أنه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر إلا أن يراد جميع استعمالاته .

[فروع] حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عزى يحنث . وقال أبو الليث : لا يحنث مصريا كان الحالف أو قرويا ، وعليه الفتوى لتغير العرف فيه . ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لأنه نوع لا يتناول الأعم . وفي فتاوى قاضيه خان : ينبغي أن لا يحنث في الفصلين لأن الناس يفرقون بينهما . ولو حلف لا يأكل طعاما سياه فضضه حتى دخل جوفه شيء من مائه ثم ألقاه لا يحنث ، ولو فعل هذا في العنب فازدرد ، فإن رمى القشر والحلب وابتلع الماء لا يحنث ، وإن رمى قشره فقط وابتلع الماء والحلب حنث لأنه أكل الأكثر . ولو حلف لا يأكل شيئا من الحلوى فأى شيء أكله من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث ، ذكره في الأصل . قال الإمام النسفي في شرح الشافعي : هذا في عرفهم ، أما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص . ولو حلف لا يأكل ملحاً فأكل طعاما مالحا يحنث ، كما لو حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل ، إن وجد طعم الفلفل يحنث . والفقيه يفرق بين الملح والفلفل ، في الفلفل يحنث لأن عينه غير مأكول فيصرف اليين إلى ما يتخذ فيه ، بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفردا أو مع غيره ، إلا إذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه إلى الطعام المالح ، ويقول الفقيه يفتي . وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح خنته فأخذ ماء وملحاً وجعلهما في العجين لا يحنث لأنه ثلاثي . ولو حلف لا يأكل لبنا فطبخ بأرز فأكله ذكر النسفي لا يحنث وإن روي عينه ولم يجعل فيه ماء . وفي مجموع النوازل : إذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث . ولو حلف لا يأكل زعفرانا فأكل كمكا على وجهه زعفران يحنث . ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا فأكله يحنث ، إلا إذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث . وكذا على هذا الأمر إذا حلف لا يأكله فجعله عصيدا فأكلها لا يحنث ، وفي أكل هذا السكر لا يحنث بمص مائه . ولا يأكل لجما يشتريه فلان فأكل من لحم نخلة اشتراها فلان لا يحنث ، وعلى أن ليس في بيته مرقه وهي في بيته قليلة لا يعلها إذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنث ، ولا يأكل من هذا القدر وقد عرف منه شيء قبل اليين لا يحنث . بأكله ، كما لو منعت الحلو على طعامها ما طبخه غيرها . وفي التجريد : قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار ، وقيل لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث . اهـ . وفي عرفنا ليس واضح القدر طابخا قطعاً وعجود الإيقاد كذلك ، ومثله يسمى صبي الطباخ : يعني معينه ، والطباخ هو المركب بوضع التوابل وإن لم يوقد . وفي المتقى عن محمد : حلف على مالا يؤكل أن لا يأكله فاشتري به مايؤكل فأكله حنث ، ولو حلف على مايؤكل فاشتري به مايؤكل فأكله لا يحنث ، فقدح اليين في الأول على بدله . حلف لا يأكل مما ملكه فلان فأكل منه بعد تحروجه عن ملكه لا يحنث ، وكذا بما اشتراه إذا باعه فأكله ، وكذا من ميراثه إذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله ، بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحث حتى يقضمها ، ولو أكل من خبزها لم يحث عند أبي حنيفة . وقالوا : إن أكل من خبزها حث أيضا) لأنه مفهوم منه عرفا . ولأن حنيفة أن له حقيقة مستعملة فإنها تغلى وتغلى وتؤكل قضا وهي قاضية على الحجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ، ولو قضمها حث عندها هو الصحيح لعموم الحجاز ، كما إذا حلف لا يضح قنمه في دار فلان ، وإليه الإشارة بقوله في الخبز حث أيضا

إلزارع ، ومن اشترى منه لأن الزرع لا ينسخه الشراء ، أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحث ، ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحث ، وكذا من كسب فلان فاكسب ومات فورث عنه فأكله حث ، ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحث ، ولا يشتري ثوبا مسه فلان فسه فباعه منه حث . حلف لا يأكل حراما فاشترى بدوهم غصب طعاما فأكله لا يحث لما عرف أن الثمن إنما يثبت في اللعة فيصير عليه إثم الدرهم ، أما لو أكل خبزاً غصبه حث ، ولو اشترى بذلك الغبض لحما لا يحث : يعني إذا أكل اللحم . ولو أكل لحم كلب أو قرد لا يحث عند أسد بن عمرو ، وقال نصر : به نأخذ ، وقال الحسن : كله حرام . قال الفقيه أبو الليث : ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ، ولو اضطر لأكل الحرام أو الميتة اختلفوا ، واختار يحث ، وعن محمد روايتان . ولو كان المغضوب برأ فطحنه إن أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحث . وإن أكله قبل ذلك حث لأن الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان . وفي الأجناس المعتوه والمكروه إذا فعلا شيئا حراما فهو ليس بجلاص لما . ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحث ، أما عندهما فلا يشكل ، وعنده كذلك لأنه عقد فاسد ، فإنما أكل ملك نفسه (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له) لم يحث حتى يقضمها غير نية ، ولو قضمها نية لم يحث ، وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها ، وهو قول الشافعي ، وقالوا : إن أكل من خبزها أيضا حث لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفا ، ولأن حنيفة أن له حقيقة مستعملة : يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة : أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت ، فإن الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بلبلة ، وتغلى : أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضا ، وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها ، فإذا ثبت اللفظ حقيقة مستعملة فهي أولى عند أبي حنيفة من الحجاز المتعارف وهو أن يرد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لا يأكل من هذه البقرة أو أشاء فأكل لبنها أو سمها أو زبدها أو من هذه البيضه فأكل من فرخها لا يحث لأن تقاد العين على عينها إذا كان ما كولا وما يعكسان هذا الأصل ويريان الحجاز المتعارف أولى ، ورجح قولهما بأن التكلم إنما يريد اللفظ ، فإذا لم يكن له نية انصرف إليه ، بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فإنه ليس لفظ مجاز أشهر ليرجع على الحقيقة . والذي يطلب أن التعارف والأكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أو لا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت

وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحث حتى يقضمها) والقضم : الأكل بأطراف الأسنان من باب لبس ، وإنما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لأجبتها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما . قال في النهاية : هكذا ذكر شيخ الإسلام في إيمان الأصل وهذه المسئلة على أوجه : أحدها أن لا يأكل حبا كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحث بالاتفاق لأنه أراد حقيقة كلامه فيتقيد بالعين بها ، والثاني أن ينوى أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحث بأكل عينها كذلك . والثالث أن لا يكون له نية فأكل

(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه (ولو استقه كما هو لا يحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مراداً (ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل مصر أكله خبزاً) وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد في غالب البلدان (ولو أكل من خبز القطاائف لا يحنث) لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً إلا إذا نواه لأنه محتمل كلامه (وكذا لو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث)

حنطة يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجع قول أي حنيفة لترجع الحقيقة عند مساواة المجاز ، لا يقال : أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذي يدل به عليه . لأننا نقول : لا يلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به ، وليس هنا كذلك لأنه يقال أكلت خبز الحنطة ، ويقال أكلت الحنطة ، بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز ، اللهم إلا أن ينوى أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو التقضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقاً ، وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل . وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الأصل أنه لا يحنث عندهما إذا قضمها ، ومحضها في اللخيرة ، ورجع شمس الأئمة وقاضيان رواية الجامع أنه يحنث . قال المصنف : وإليه الإشارة بقوله حنث في الخبز أيضاً فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم ، ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازاً بل يكون من عموم المجاز ، كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زحفاً لجملة مجازاً في الدخول . ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافاً لأبي يوسف فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق . والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق ، ومحمد اعتبر عموم المجاز ، وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة ، أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابها ذكره شيخ الإسلام . ولا يخفى أنه تحكم . والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والشكوة وهو أن عينها مأكول (قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) لأن عينه غير مأكول فانصرف اليقين إلى ما يتخذ منه) فيحنث بعصيدته . وفي التوازل لو اتخذ منه خبيصاً أخاف أن يحنث ، فلو استنف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مراداً في العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لا يحنث بأكل الخبز ، وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لأنه حقيقة كلامه . قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين إرادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة . كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدي حر فزني بها لا يحنث لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه (قوله ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبزاً) وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه المعتاد في غالب البلدان (ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به . ولو اعتادوا خبز اللرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطاائف ، وينبغي أن يحنث بأكل الكعك لأنه

من خبزها لم يحنث عند أي حنيفة خلافاً لهما . والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ، ومنه أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه (ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) بالاتفاق (لأن عينه غير مأكول) فكانت الحقيقة متعلقة فيصبر إلى المجاز وهو ما يتخذ منه (ولو استقه) أي أكله من غير مضغ (لا يحنث هو الصحيح) وإنما قال هو الصحيح احترازاً عن قول بعض مشايخنا إنه يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة ، والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط به ، وهذا لأن عين الدقيق مأكول ، والأصح أنه لا يحنث لأن هذه الحقيقة مهجورة ، ولما انصرف اليقين إلى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة ، كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدي حر فزني بها لم يحنث لأن يمينه لما انصرف إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء . وقوله (ولو حلف لا يأكل خبزاً) على ما ذكره ظاهر . وطبرستان هي آمل ولولائها ، وقيل أصلها

لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحث (ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجوز) لأنه يراد به اللحم المشوى عند الإطلاق إلا أن ينوى ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة (وإن حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف، وهذا لأن التعميم متعلق فيصير إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديدا، وإن أكل من مرقه يحث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا (ومن حلف لا يأكل الروس فيمينه على مايكبس في التناير وبياع في مصر) ويقال يكبس (وفي الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأسا فهو على

خبز وزيادة، فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص، ولا يحث بالثريد لأنه لا يسمى خبزا مطلقا. وفي الخلاصة: حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما نعت لا يحث لأنه لا يسمى خبزا، ولا يحث بالعصيد والطحماج، ولا يحث لو دقه فشر به. وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فليقه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا، ولا يحث في خبز الأرز إلا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة إليها طبرى وهو اسم آمل وأعمالها. قال السمعاني: سمعت القاضي أبا بكر الأنباري ببغداد يقول إنما هي طبرستان لأن أهلها كانوا يجارون بالفاس فعرب فقيل طبرستان. وقال القتي: طبرستان معناه بالفارسية أخذه الفاس بيده اليمنى، والمراد بالفاس الطيز وهو معرب تبر، وهذا لا ينافي ما قال السمعاني بقليل تأمل.

قال العبد الضعيف غفر الله تعالى له: وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل إلا الشعير فحلف لا يأكل خبزا، فقلت: ينعقد على عرف نفسه فيحث بالشعير لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصير كلامه إليه لذلك، وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لم (قوله ولو حلف لا يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجوز) المشويين لأنه يراد به في العرف ذلك عند الإطلاق إلا أن ينوى غير ذلك بما يشوى من بيض أو غير ذلك كالفول الأخضر الذي يسمى في عرفنا شوى العرب وقولنا في ذلك قول أحمد (قوله ولو حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ من اللحم) يعني بالماء حتى أن ما يتخذ قليه من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحث به، وهذا استحسان بالعرف لأن التعميم متعلق لأن الدواء مما يطبخ، وكذا القول الذي يسمى في عرفنا القول الحار، ولا يقال لكأله آكل طبيخا فينصرف إلى خاص هو أنحصر الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف، إلا أن ينوى غيره من الباذنجان مما يطبخ فيحث به، وهذا يقتضي أن لا يحث بالأرز المطبوخ بلا لحم. وفي الخلاصة: يحث بالأرز إذا طبخ بودك فإنه يسمى طبيخا، بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سم. قال ابن سحابة: الطبخ يقع على الشحم أيضا، ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ، وإنما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا ينحصر به، ولو أكل من مرق اللحم حث. قال المصنف: لما فيه من أجزاء اللحم، وهذا يقتضي أن من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حث، وقدمنا من المنقول بخلافه. والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولأنه يسمى طبيخا: يعني في العرف، بخلاف مرق اللحم فإنه لا يسمى لحما في العرف (قوله ومن حلف لا يأكل الروس فيمينه على ما يكبس في التناير) في تلك البلدة وبياع فيها من روس الإبل والبقر والغنم.

طبرستان لأن أهلها يجارون بالثبر وهو الفاس فعربوه إلى طبرستان. وقوله (ولو حلف لا يأكل الشواء) ظاهر. وقوله (وهذا لأن التعميم متعلق) لأن الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم يبين أنه لم يرد ذلك (فيصير إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء) قالوا قيد بقوله بالماء لأن القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحث بأكلها (ومن حلف لا يأكل الروس فيمينه على ما يكبس في التناير) أي يعلم به التنوير: يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله فيه (وبياع في مصر) لأن رأس الجراد رأس حنيفة وليس بمراد فيصير

وموس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة ، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيها وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا بقي على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث ،

وفي الجامع الصغير : لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رموس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : على الغنم خاصة ، وهذا اختلاف عصر ، فكان العرف في زمنه فيها ثم صار في البقر والغنم ، فرجع أبو حنيفة عن انتقاده في حق رموس الإبل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المقلد أن يبقى بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الخالف كما هو في مختصر القلدرى رحمه الله . وأورد أن العادة كما هي في الرعوس مقتصرة على رموس الغنم أو البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم مايمل ، إذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير وأكله ، مع أن اليمين انتقدت باعتبارهما فحنث يأكل لحمهما إذا حلف لا يأكل لحماً . أوجب بأن الأصل في جنس هذه المسائل أنه فيها يجب العمل بالحقيقة : يعني اللغوية ، فإن لم يكن وجب اعتبار التعارف حينئذ ، واللحم يمكن فيه أكل كل مايسمى لحماً فانتقد باعتباره ، بخلاف الرعوس لا يمكن أكل حقيقته إذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير إلى المتعارف وتقتض بالشراء فإنه يمكن في الرعوس على العموم ومع ذلك لم ينتقد يمين الشراء على العموم فيها . أوجب بالمنع بل من الرعوس ما لا يمكن بيعه كراس الآدمي ، وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنث إذا ركب كافراً وهو دابة حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه ، فإن إمكان العمل بحقيقة عمومه منتف إذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف ، وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم إنما يتكلم بالعرف الذي به المتخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف ، وتقدم تصحيح الثاني وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس إلا بناء على هذا الأصل ، ولو كان هذا الأصل المذكور منظور إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع (قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث)

إلى المجاز المتعارف ، وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب . واعترض على هذا بأن لحم الخنزير والإنسان لا يباع في الأسواق ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحماً . وأوجب بما حاصله الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه لأن منها العظم فكانت الحقيقة متعلنة فيصير إلى المجاز المتعارف وهو مايكسب في التناير ويباع في الأسواق ، وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الإنسان والخنزير . فإن قلت : الحقيقة إن لم تكن متعلنة فهي مهجورة شرعاً ، والمهجور شرعاً كالمهجور عادة ، وفي المهجور شرعاً يصار إلى المجاز كما في المهجور عادة . قلت : المهجور شرعاً هو الذي لا يكون ثمرة من أفراد معمولاً به كالحلف على ترك كلام الصبي وهنا ليس كذلك . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فإن الرأس يشتري بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعلنة . وأوجب بأن من الرعوس ما لا يجوز إضافة الشراء إليه كراس النمل والذباب والآدمي فكانت متعلنة . وقوله (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث ،

(قوله قلت للمهجور شرعاً الخ) أقول : ويمكن أن يجاب بوجه آخر

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله : وقال أبو يوسف ومحمد : حث في العنب والرطب والرمان أيضا ، والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام ويعلمه : أى يتنعم به زيادة على المعتاد ، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحث بيايس البطيخ ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحث بها وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول يبعأ وأكلا فلا يحث بهما . وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فلئذا أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الأقوات

وكذا يحث بالخلوخ والسفرجل والإجاص والكثرى ، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يحث في العنب والرطب والرمان أيضا ، والأصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده : أى يتنعم ويتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه : أى في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا في الحالين ، فإن خصت العادة التفكه بإحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فلئذا خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يسه لم يحث بأكله يابسا ، وهذا المعنى : أى معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول يبعأ وأكلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحث بهما اتفاقا ، وأما العنب والرطب والرمان وهى محل اختلاف فوجه قولهما أن معنى التفكه موجود فيها بل هى أعز الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحث بها ، وأبو حنيفة يقول : هى مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ، ولا ينكر أنها يتفكه بها ، ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحث بأحدها إلا أن ينويه فيحث بالثلاثة اتفاقا ، ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الأقوات وهو التمرازيب . والمشايع قالوا : هذا اختلاف زمان ، ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك

وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : يحث في العنب والرطب والرمان أيضا) يعنى لا في القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلاثة أوجه : في وجه يحث بالاتفاق ، وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ، ويستوى في ذلك الرطب واليابس . وفي وجه لا يحث بالاتفاق ، وهو أن يأكل الخيار والقثاء لأنه يؤكل مع البقول . وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان إذا لم تكن له نية ، وكلامه ظاهر لا مانع كرهه ، فقوله زيادة على المعتاد : أى على الغذاء الأصلي حتى تسمى النار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها ، وقوله (والرطب واليابس فيه سواء) يعنى أن ما كان فاكهة لافرق فيه بين رطبه ويابس ، ويابس هذه الأشياء لا يعد فاكهة فيجب أن يكون رطبها كذلك . وقوله (لأنهما من البقول يبعأ) فإن باع البقول هو الذى يبيعها لغيره ، وأما أكلا فلئذا يوضعان على المائدة حيث يوضع التمتع والبصل . وقوله (إن هذه الأشياء مما يتغذى بها) يعنى العنب والرطب (ويتداوى بها) يعنى الرمان (ولهذا كان اليابس منها من التوابل) كيابس الرمان (أو من الأقوات) كيابس العنب ، فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها ، والأصل في هذا أن اللفظ إذا أطلق على أفراد بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناول كما تقدم في صورة التفصيل في اللحم .

(ولو حلف لا يأتمد فكل شيء اصطليغ به فهو إدام والشواء ليس بإدام والملح والزبد إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام) وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإدام من المواد وهى الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه . ولما أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية فى الاختلاط حقيقة ليكون قائماً به ، وق أن لا يؤكل على الأفراد حكماً ، وتام الموافقة فى الامتزاج أيضاً ، واختلف وغيره من المسامات لا يؤكل وحده بل يشرب ، والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولأنه يلوب فيكون تبعاً ، بخلاف اللحم وما يضاهيه لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد ، والعنب والبطيخ ليسا بإدام هو الصحيح .

وفى زمانهما عدت منها فافتيا به . فإن قيل : الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع ، فإن مبنى هذا العرف ، والاستدلال المذكور صريح فى أن ميناء اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ، ولا شك أن ذلك لغة ، والتفكه بالشئ ما يتعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة ، وهذا معنى اللغة ، واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائماً ففصل الخ يمكن الجواب يجوز كون العرف وافق اللغة فى زمنه ثم خالفها فى زمانها . فإن قيل : وفيه دليل على عدم ما ذكر آتفا من أن المتعبر اللغة إلا أن لا يمكن فيه العرف ، فإن هذا يدل على عدم اعتبارها ذلك ، فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمتنع كون الاستقلال به أحياناً بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر فى نقص كونه ما يتفكه به (قوله ومن حلف لا يأتمد فكل شيء اصطليغ به فهو إدام) كالحل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه ينزل إلى الذوب فى القم ويحصل به صيغ الخبز ، واصطليغ مبنى للمفعول وهو افتعال من الصيغ ، ولما كان ثلاثيه وهو صيغ متعدية إلى واحد جاء الافتعال منه لازماً فلا يقال اصطليغ الخبز لأنه لا يصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بنى الفعل له فلانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه ، فلذا يقال

قال (ولو حلف لا يأتمد فكل شيء اصطليغ به) اصطليغ على بناء المفعول كذا كان مقيداً بنحو الثقات وهو افتعل من الصيغ ، ويقال اصطليغ بالخل وفى الخل ولا يقال اصطليغ الخبز بالخل (ولو حلف لا يأتمد) أى لا يأكل إداماً (فكل شيء اصطليغ به فهو إدام) ولا يتعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد إدام ، والشواء ليس بإدام (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فى رواية الأصل (وقال محمد : ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام ، وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه : ما يصطليغ به فهو إدام بالاتفاق ، والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالباً ليس بإدام بالاتفاق . وفى البيض واللحم والجبن اختلاف ، جعلها محمد إداماً خلافاً لهما . محمد أن الإدام من المواد وهى الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه . ولما أن الإدام ما يؤكل تبعاً فى العرف والعادة . والتبعية على نوعين : حقيقية وذلك فى الاختلاط لتكون قائمة به ، وحكيمة وهى أن لا يؤكل على الأفراد ، واللحم لا يختلط فلا يكون تبعاً حقيقة ويؤكل منفرداً فلا يكون تبعاً حكماً فلا يكون إداماً . وقوله (وتام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لأن الإدام من المواد : يعنى سلامته ولكن المادة التامة الكاملة فى الامتزاج أيضاً ولم توجد فى هذه الأشياء إلا أن ينويه لما فيه من التشديد ، بخلاف الخل وغيره من المسامات فإنها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيقع فكان إداماً (والعنب والبطيخ ليسا بإدام) يعنى بالاتفاق لما ذكرنا (هو الصحيح) كذا ذكره فمس الأئمة الرخصى . وقال بعض مشايخنا : إنه على هذا الاختلاف .

اصطليح به ولا يقال اصطليح الخبز ، وما لم يصيغ الخبز بما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بإدام كاللحم والبيض والتمر والزبيب ، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام ، وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله . والحاصل أن ما يصيغ به كاخل وما ذكرنا إدام بالإجماع ، وما يؤكل وحده غالباً كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداماً بالإجماع : أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف ، خلافاً لما قيل إنهما على الخلاف ، وعن صحيح الاتفاق خمس الأئمة . وفي المحيط قال محمد : التمر والجوز ليسا بإدام ، وكذا العنب والبطيخ والبقل ، وكذا سائر الثمرات ، ولو كان في بلد يؤكلان تبعاً للخبز يكون إداماً ، أما البقول فليست بإدام بالاتفاق لأن أكلها لا يسمى مؤثماً إلا ما قد يقال في أهل الحجاز بالنسبة إلى أكلهم الكراث ، وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار إدام . وفي التمر عنده وجهان : في وجه إدام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمره على كسرة وقال هذه إدام هذه ، رواه أبو داود . وفي وجه آخر : ليس إداماً لأنه فاكهة كالزبيب . واختلفوا في الجبن والبيض واللحم ، فجعلها محمد إداماً لأنها لا تؤكل وحدها غالباً فكانت تبعاً للخبز . ووافقه له ، والمؤدمة الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة : « لو نظرت إليّ لآه فإني أرى أنه يؤدم بينكما » أي يوفى ، فما يؤكل غالباً تبعاً للخبز موافقاً له إدام والجبن وأغواه كذلك ، ويؤيده ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم » رواه ابن ماجه . ويقال إن ملك الروم كتب إلى معاوية أن ابعث إليّ بشر إدام على يد شرّ رجل ، فبعث إليه جينا على يد رجل يسكن في بيت أصحابه وهو من أهل اللسان ، ويقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث . ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، فما يؤكل وحده ولو أحياناً ليس إداماً وهذا لأنه من المؤدمة وهي الموافقة وذلك بأن يصير مع الخبز كشيء واحد وهي بأن يقوم به قيام الصبيغ بالثوب وهو أن يغمس فيه جسمه إذ حقيقة القيام غير مرادة لأن الخل ونحوه ليس عرضاً يقوم بالجوهر ، والأجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بإدام . ويرد عليه أنه إن اعتبر في معنى الإدام بحيث يؤكل تبعاً للخبز موافقاً ، سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكرناه لأنه كذلك ، وإن اعتبر فيه كونه لا يؤكل إلا تبعاً منعناه . نعم ما لا يؤكل إلا تبعاً موافقاً أكل في معنى الإدام ، لكن الإدام لا ينحصر اسمه الأكمل منه . واستدل أبي حنيفة وأبي يوسف أيضاً بأنه يرفع إلى القم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية ، بخلاف المصطليح به . وأجيب عن الحديث بأن كونه سيد الإدام لا يستلزم كونه إداماً ، إذ قد يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم . وأما حكاية معاوية فيوقف الاستدلال بها على مصحتها فهي بعيدة منها إذ يبعد من إمام عالم أن يتكلف إرسال شخص إلى بلاد الروم ملزماً لمؤثته لغرض مهمل لكافر . والسكنى في بيت الصهر قط لا يوجب أن يكون الساكن شرّ رجل ، فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ، ودفع الاستدلال لهما بأن المتبر التبعية في الأكل ، والأكل هو فعل القم والخلق وهما مختطان فيه تمتعاً بحصول التبعية حيثئذ . ويدفع بأن كون التبعية في القم بعد رفع كل على حدته محكم إذ هما فيه إذا جسيان متكافئان لا يكون أحدهما تبعاً للآخر ، بخلاف ما رفع صبيغاً للخبز فإن المقصود به شد الجوع بالخبز لا بالصبيغ . وأما الجسيان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مقتدر إلى الآخر في رفعه .

(وإذا حلف لا يتغذى فالغذاء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل) لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث (والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر) لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه .

قال الترمذى : وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد قوله وإذا حلف لا يتغذى فالغذاء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء بفتح العين والمد (من صلاة الظهر إلى نصف الليل) وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به ، فإن الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا للأكل فيهما . فالوجه أن يقال فالغذاء الأكل من طلوع الفجر ، والتعشى الأكل من الظهر الخ ، لأن ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ، ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث ، إذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاتي العشاء » وفسرت بأنها الظهر في بعض الروايات ، وهذا وتفسير التغذى بالأكل من الفجر إلى آخره مذکور في التجرید . وفي الخلاصة ووقت التغذى من طلوع الشمس إلى الزوال ، ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ذهاب ثلث الليل ، وبواقفه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال : إذا دخل ثلث الليل الأخير فكلمه لم يحنث . وقال الإسيباني في شرح الطحاوى : وقت الغداء من طلوع الشمس إلى وقت الزوال ، ووقت العشاء من بعد الزوال إلى أن يمضي أكثر الليل ، ووقت السحور من مضى أكثر الليل إلى طلوع الفجر ، ثم قال : هذا في عرفهم ، وأما في عرفنا : وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى . فعرفهم كان موافقا لما لأن الغدوة اسم لأول النهار ، وما قبل الزوال أوله فالأكل فيه تغذى ، وقد أطلق على السحور غداء في قوله صلى الله عليه وسلم لعرباض ابن سارية « هلم إلى الغداء المبارك » وليس إلا مجازا لقربه من الغداة ، وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الأخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الأخير سموا صجورا بفتح السين والأكل فيه تسحرا ، والنضحى الأكل في وقت الضحى ويسمى الضحاح أيضا بالفتح والمد ، ووقت الضحى من حين تحمل الصلاة إلى أن تزول ، وأصل هذه في مسائل القضاء . قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة : فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول ، وإن قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع إلى أن تبيض لأن صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس ، والنهى يمتد إلى أن تبيض . والمساء مساعان أحدهما ما بعد الزوال ، والآخر بعد غروب الشمس ، فأيهما نوى صحت نيته ، وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمضى ولا نية له فهو على غيبة الشمس لأنه لا يمكن حمل النية على المساء الأول فيحمل

وقوله (وإذا حلف لا يتغذى فالغذاء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر) قال في النهاية : هذا توسع في العبارة ، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حلف المضاف ، وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكل . وقوله (ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث) ذكر في الإيضاح في باب الحلف على الغداء فقال فإنه ورد في الحديث « وأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين » يريد به الراوى الظهر أو العصر .

(١) قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين قال في التهر : وكأنه تحريف ، والصواب « عشا » بفتح العين مع ياء بعد الشين اه . كذا جاشن نسمة الشيخ البحرأوى . قال مصححه الفقير محمد البليسي : هو تحريف يقينا ، فصوابه « الش » فيه وفي ياءه ، وفي حديث الصحيحين « إحدى صلاتي العشا » لا العشاء كما ظهر بالمراجعة ، فليطروما وقع في نسخ المداينة وحواشيها من التحريف والله المأمه .

ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشيع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ، ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشيع (ومن قال إن ليست أو أكلت أو شربت فعبدي حرّ ، وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره) لأن النية إنما تصح في الملقوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعوم له فلفت نية التخصيص فيه (وإن قال إن ليست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة) لأنه نكرة في محل الشرط فتم فعلت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء .

على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب ، وذكر الولوالجي : والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي نحل فيها الصلاة إلى نصف النهار ، والتصحيح ما بين طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحوة : يعني الكبرى لأنه من الإصباح . وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة . ولو حلف لبأنيته غلوة فهذا بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار (قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشيع عادة) وكذا السحور ، فلو أكل لقمة أولقمتين أو أكثر مما لم يبلغ نصف الشيع لا يحنث بحلفه ماتقديت ولا تعشيت ولا تسحرت . ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي : « تشوا ولوبكف من حشف فإن ترك العشاء مهرة » ومعوام أن كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشيع . وأجيب بأن العرف الطائري يفيد أنه مع الشيع لقطع بقولهم ماتقديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وإن كان أكل لقمة أولقمتين وكذا يحنث في الغداء وأخويه في حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكولهم ، فلو كان عاديهم أكل الخبز في الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف إليه حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث ، والبدوي يحنث لأنه غذاء أهل البادية ، ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما ما هو غير معتاد التغدي به حتى شيع لم يحنث أيضا (قوله ومن قال إن ليست أو أكلت أو شربت فعبدي حرّ وقال نويت شيئا دون شيء) من

وقوله (وتعتبر عادة أهل كل بلد في حقهم) يعني إن كانت خبزاً فضخ ، وإن كانت لحماً فلهجم ، حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث ، والبدوي بخلافه ، لأنه غذاء في البادية . وقوله (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشيع) رواه المصنف عن أبي يوسف وهو صحيح لأن من أكل لقمة أولقمتين يصح أن يقول ماتقديت وما تعشيت (ومن قال إن أكلت أو شربت أو لبست فعبدي حرّ وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء) ولا ديانة (لأن النية إنما تصح في الملقوظ) لأنها لتحسين بعض محتملات اللفظ (والثوب وما يضاهيه غير ملقوظ) فلا تصح نيته . فإن قيل : هب أنه غير ملقوظ تنصيصا أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملقوظ ؟ أجاب بقوله (والمقتضى لاعوم له فلفت نية التخصيص فيه) فإن قيل : المقتضى أمر شرعي واعتبار الأكل إلى الطعام ليس كذلك لأنه يعرفه من لم يعرف الشرع . قلنا : يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به ، لكن يكون من ضرورة اللفظ أهم من أن يكون شرعياً أو عقلياً . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما إذا قال إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر فإنه يصدق ديانة مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً وبينه وبين ما إذا حلف لا يساكن فلانا ونوى به أن لا يساكنه في بيت واحد فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظاً ، حتى لو سكن معه في الدار لا يحنث . أجيب بأن الأولى ممنوعة منعها القضاء الأربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمي . ولئن سلم فقله إن خرجت ولا يساكن فعلا فلا يدلان على المصدرة ، وقد وقع الثاني في صريح النية والأول في معناه فتناولاً بعمومهما الخروج في السفر والسكن فجاز تخصيصهما إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء .

الملبوس أو المأكول أو المشروب في إن أكلت وإن شربت لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، فأشئ أكل أو لبس أو شرب حنث . وعند الشافعي تصح نيته ديانة ، وهو رواية عن أبي يوسف ، واختارها الخصاص لأن النية إنما تصح في الملقوط لتعيين بعض محتلاته . والثوب في إن لبست والمأكول والمشروب في إن أكلت وإن شربت غير مذكور تنصيحا فلم تصادف النية محلها فلفت . فإن قيل : إن لم يكن مذكورا تنصيحا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيحا . أجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولا ، وكذا اللبس والشرب ، والمقتضى لا عموم له عندنا ، ولأن ثبوته ضروري فيقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام ، وتصحيحه لا يتوقف إلا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح إرادته ، فينبى الخلاف في هذه القروع بيننا وبين الشافعي الاختلاف في أن المقتضى لا عموم له أو له عموم على ماذكروا ، أما لو قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال عتبت شيئا دون شيء فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء ، لأنه ذكر الملقط العام القابل للتخصيص فصحت نيته ، وهذا لأنه نكرة في سياق الشرط فتم لها إلى كونها في سياق النفي بسبب أن الشرط المثبت في اليقين يكون الحلف على نفيه لأن المعنى نبي لبس الثوب فكأنه قال لا ألبس ثوبا إلا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضى منه . فإن قيل : يعتبر تخصيضا للمصدر المدلول عليه بالفعل فإنه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق . أجيب بأن المصدر أيضا ضروري للفعل والضرورة مندفة بلا تعميم ، وهذا يخالف ما تقدم في مسألة طلق نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل قبل العموم حتى صحت نية الثلاث ، بل الحق على هذا أنه عام ، وكما قلتم في قوله إن خرجت فعبدى حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يبحث بالخروج إلى غيره تخصيضا لنفس الخروج ، بخلاف ما لو نوى الخروج إلى مكان خاص كجنداد حيث لا يصح لأن المكان غير مذكور ، فكذا يراد تخصيص فعل الأكل ، وهكذا قولكم فيما إذا جلف فلا ساكن فلا نوى المساكنة في بيت واحد أنه يصح ، وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل . قلنا : ذلك المصدر وإن عم بسبب أنه في سياق النفي لأن الفعل في سياقه ، لكنه لا يقبل التخصيص لأن عموم ضرورة تحقق الفعل في النفي ، فإنه لا يتحقق في خصوص عمله الخاص : أعنى بعد لفظه لا في الأكل إلا يتحقق ذلك المصدر هناك ، وما ليس ثبوته إلا ضرورة أمر لا يثبت باعتبار غيره ، ولا يثبت ما هو زائد عليه . ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام ، وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله ، بخلاف إن أكلت أكلا فإن الاسم حينئذ مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ، ولا يشكل الفرق لأن أكلا المذكرين ليس عين الأكل الضمى للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص . وأما مسألة الخروج فقد أنكروا القضاء الأربعة القاضى أبو انهم والقاضى أبو خازم والقاضى القصى والقاضى أبو طاهر الدباس ، وحلوا ما روى عن محمد فيها على ما لو قال إن خرجت خروجا وكأنها سقطت من الكاتب . ومن ألزمها أجاب بأن الخروج في نفسه متنوع إلى سفرو غيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت إرادة أحدنوعيه وبه أجيب عن مسألة المساكنة ، فإنها متنوعة إلى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ، ومطلقة وهي ما تكون في دار ، فإرادة المساكنة في بيت إرادة أخص أنواعها ، وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يقتل أو لا ينكح ثم قال عتبت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة ، لأن الاغتسال غير متنوع لأنه عبارة عن إمرار الماء والتنوع في أسبابه ، وكذا لا يسكن دار

فلان وقال عتيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأني فجلفت ينوى السكنى بالإجارة أو الإعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حث ، بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فإنه يصدق لأنه أحد نوعي الشراء لأنه متنوع إلى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجب له غيره فتصنع نية أحد النوعين ، بخلاف السكنى نفسها لأنها لا تتنوع لأنها ليست إلا الكينونة في الدار على وجه القرار ، وإنما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لأنها لم تذكر بخلاف الجنس ، وكذا لو حلف لا يزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لأنه تخصيص الصفة ، ولو نوى حبشية أو عربية صححت فيما بينه وبين الله تعالى لأنه تخصيص في الجنس كأن الاختلاف بالنسبة إلى الآباء اختلاف بالجنس والنسبة إلى البلاد اختلاف بالصفة ، وكان السر في ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولده آباء إلى آدم فكانه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وإن كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ . وأحق أن الأفعال الخارجية لا تتصور أن تكون إلا نوعا واحدا ، لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه ، ولا بين الخروج ونحوه من الشراء ، فكأن أن اتحاد الغسل بسبب أنه ليس إلا إمرار الماء كذلك الخروج ليس إلا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا يصير منقسمة إلى نوعين إلا باختلاف الأحكام شرعا ، فإن عند ذلك علمنا اعتبار الشرع إياها كذلك كما في الخروج المختلف الأحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فإنه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد النوع في ذلك ، ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة إلى طائفة أخرى وكل في نفسه نوع لأن الكل قرار في المكان . ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول في لا تأكل ولا أليس ليس من باب المقتضى لأن المقتضى ما يقدر لتصحیح المنطوق وذلك بأن يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والسيان أو يعلم صحته شرعا مثل اعتق عبدك عني وليس قول القائل لا تأكل يحكم بكذب قائله بمجرد ذلك ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا . نعم المفعول : أحمى المأكول من ضروريات وجود فعل الأكل ، ومثله ليس من باب المقتضى وإلا كان كل كلام كذلك إذ لا بد أن يستلحق معناه زمانا ومكانا ، فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والسيان مرفوعان ، وبين قام زيد وجلس عمرو ، وإنما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتباسيا ، وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمخلوف وجعلوا المخلوف يقبل العموم ، قلنا أن نقول : عمومه لا يقبل التخصص ، وقد صرح من المحققين جميع بأن من العمومات ما لا يقبل التخصص مثل المعاني إذا قلنا بأن العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الألفاظ ، وغير ذلك ، فكذلك هذا المخلوف إذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه ، إذ ليس الغرض إلا الإخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل بمزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصص في باقي المتعلقة من الزمان والمكان ، حتى لو نوى لا يأكل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق . ومن صور تخصيص الحال أن يقول لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا أكلم هذا الرجل القائم فإن نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى ، والفرق بأن المفعول في حكم المذكور إذ لا يقبل الفعل إلا بعقليته ممنوع بل تقطع بتعقل معنى المتعدي بكون إخطاره ، فلما هو لازم لوجوده

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإذنه لم يحنث حتى يكرع منها كرها عند أبي حنيفة وقالوا : إذا شرب منها بإذنه يحنث لأنه متعارف المفهوم . وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة، ولهذا يحنث بالكرع إجماعا فتمت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا

لا مدلولاً للفظ . هذا ، وكون إرادة نوع ليس تخصيصاً من العام مما يقبل المنع لأنه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته ، وأقرب الأمور إليك قوله ولا تقتلوا النساء الصبيان تخصيص لاقتلوا المشركين ، والنساء نوع مندرج تحت المشركين ، ومعنى تخصيص النوع ليس إلا إخراج جميع أفرادها كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر الإشكال في يمين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا . ولا يجب بما ذكر في اللخيرة جواباً عن إيراد قاتل لو صحت نية الشراء لنفسه فن حيث أنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج ، وكما في قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق ، فن هذا الوجه هو شيء واحد وله عموم ، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصاً ، ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين عظيماً فقلناه من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظاً ، ومن حيث أنه تخصيص لم يميز في القضاء . وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أي أنواع البيوت شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم في الإثبات لا يعم استغراقاً ، بخلافه في النفي لو قلت رأيت رجلاً لا يعم أصناف الرجال استغراقاً بخلاف ما رأيت رجلاً (قوله) ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإذنه لم يحنث حتى يكرع منها كرها أي يتناول بضعه من نفس النهر عند أبي حنيفة : يعني إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى بإذنه حنث به إجماعاً ، وقالوا : إن شرب منها كيفما شرب بإذنه أو بيده أو كرها حنث لافرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإذنه أو كرها في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جمع هذه الصور . وقولهما قول الشافعي وأحمد ؛ وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربنا من دجلة ، وهو وإن كان مجازاً إما مجاز حذف ، أي من ماء دجلة ، أو مجاز علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحلف لأكثرية بالنسبة إليه ولشهرة جرى النهر . فمررين له بأن علاقته بالمجاورة ، ثم هو أشهر من أن يرد به

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإذنه لم يحنث حتى يكرع منها كرها) أي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع في الماء إذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لأنه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها ، والكرع مستندق الساق ، وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله) قالوا : إذا شرب منها بإذنه حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس ، أما كون المجاز متعارفاً فظاهر ، فإن المفهوم من قولهم أهل فلان يشربون من دجلة أنهم يشربون من مائها ، وأما أن الحقيقة مستعملة فلأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقرم نزل عندهم وهل عندهم ماء بات في شئ ، وإلا كرعنا ، ولهذا إذا كرع حنث بالإجماع . فإن قيل : لا تسلم أن الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضيغ قدمه في دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالإذنه وغيره لأن الحكم في عموم المجاز كذلك ، فالجواب أن المصير إلى عموم المجاز إنما يكون بعد تعلل الحقيقة أو هجرانها ، وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير إليه .

(وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها براءة حث) لأنه بعد الاعتراف بقى منسوباً إليه وهو الشرط فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة

نفس الكرع فيصرف إليه فيم الكرع وغيره ، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحث بالدخول كيفما كان ، بخلاف ما لو استلنى وأدخل قدمي فقط لا يحث لأن هذا ليس دخولا واليمين انقدت عليه . وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل العرب وأهل العرف لأن كثيراً من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه . وروى عنه عليه الصلاة والسلام وأنه أتى قوما فقال : هل عندكم ماء بات في شن وإلا كرعنا ، وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملاً كانت الحقيقة مستعملة فيعتقد عليها اليمين لأن الحقيقة لما لم تهجر كانت أولى من المجاز ، ولهذا يحث بالكرع إجماعاً ، إلا أنهم يقولون حث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار إرادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا إهدار هذا القسم ، وإنما قلنا إن الكرع حقيقة اللفظ لأن من هنا لا ابتداء الغاية ، فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة ، وذلك إما يكون بوضع القم عليها نفسها ، فإذا وضع القم على يده أو كوز وسحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضعه في يده ، وأما ما في الهداية من أنها للتبعض فإنما يصلح توجيهها لقولها لأن المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة ، إذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لأن نفس دجلة وهو الأرض المشقوقة نهر ليس بما يشرب ، ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعض وبصير المراد لأشرب من ماء دجلة وهو نفس قولها فيحث بالكرع وغيره لأنه ماء دجلة ، وعلى هذا فينتج قولها بعد الوجه المشهور : وفي تقدم المجاز المتعارف ، وهو أن الكلام عند عدم قرينة إرادة المعنى الأصلي انصرف إلى المشهور منه وإن جعلت من البيان بأن يقال وضع القم على نفس دجلة لا يفعل (١) وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلازم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها ، وحينئذ جاز أن تكون من للتبعض . فالمعنى : لا يشرب بعض ماء دجلة ، أو للابتداء والمعنى : لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحث بشرب ماؤها كرعاً وغيره . وأما الاستدلال له بقوله تعالى - إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه - إلى قوله - إلا من اغترف غرفة بيده - من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط ، وهو بناء على أنه استثناء منقطع ، والاتصال أولى إذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه ، فإن المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية ، وروى ، فإن حاصل المعنى من شرب منه مطلقاً قليلاً أو كثيراً كافياً فليس منى إلا من شرب منه قدر كفه تحقيقاً بأن اغترفها . والتي انتظم عليه رأى أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله أن اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء ، وإرادة وضعه على نفس أجزائه متنفذ ، فالمراد ليس إلا وضعه على الماء الكائن فيها ، وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركاً أو مجازاً ، فإن فرض مشتركاً فلا إشكال أن حقيقة اللفظ : أعني مجموع التركيب بوضع القم في ماؤها حال كونه في خصوص ذلك أهل وإن فرض مجازاً في هذا الماء ، فبقي قوله لفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي للأشرب بالمعنى المجازي للدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعض ، والمعنى : لا أشرب بعض دجلة : أي الماء الخاص في المكان الخاص ، فظهر إمكان كونها

وقوله (ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة) ظاهر .

(١) (قول الكل لا يفعل) أي لأن إرادة وضع القم على نفس أجزاء النهر بحيث كما يأتي كلها يهش .

للتبعض مع صحة قوله للفظ : أى التركيب حقيقة مستعملة هى الشرب من نفس الماء الكائن فى المكان الخاص ثم يرجع مجازة فى المفرد : أعنى دجلة المستعمل فى ماثها بقيد كونه فى نفس النهر على مجازهما وهو دجلة فى ماثها لا بهذا القيد حتى حثت بالشرب منه بإناء ومن نهر صغير يأخذ منها بأنه مجاز أقرب إلى الحقيقة : أعنى دجلة بمعنى النهر . ونظير المستثنين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصبب الماء الذى فيه فى كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالإجماع . ولو قال من ماء هذا الكوز فصبب فى كوز آخر فشرب منه حثت بالإجماع . وكذا لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فقتل إلى حب آخر . ولو قال من هذا الحب أو من هذا البئر قال أبو سبل الشرى : لو كان الحب أو البئر ملائ فيمينه على الكرع عند أبى حنيفة رحمه الله لإمكان العمل بالحقيقة ، وعندهما على الاعتراف . وينهى أن يقال على ما هو أهم من الاعتراف ، وإن لم يكن ملائ فيمينه على الاعتراف . ولو تكلف فى هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا ، والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع فى هذه الحالة .

[فروع] لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث إجماعاً ، أما عنده ، فلأن يمينه على الكرع ، وأما عندهما فلأنه مثل الفرات فى إمساك الماء فيقطع النسبة فيخرج عن عموم المجاز . أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حثت لأن يمينه على ماء منسوب إلى الفرات ، والنسبة لا تنقطع بالأخبار الصغار . ولو قال لا أشرب ماء قرأتا يحنث بكل ماء عذب فى أى موضع كان . ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فبجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث . ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستقى حثت . ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فأنجمد فأكله لا يحنث ، فإن ذاب فشرب حثت . قال الفقيه أبو الليث : هذا بمنزلة ما إذا حلف لا يخلس على البساط فجعله خرجاً فجلس عليه لا يحنث ، فإن فقهه فصار بساطاً فجلس عليه حثت . وفى فتاوى محمد بن الوليد : لا يحنث إذا شربه لا لقطع النسبة الأولى لا لتساويه إلى الحمد ، ولو كان فى الحل حثت لأن النسبة لا تنقطع . ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه نالم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه ، والظاهر أن هذا لا يتأتى فى النيل لأن الشط يتغير قبل الربيع أيضاً لسعته . ومن حلف لا يشرب نبيذاً فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخاً لأن الصالحين يسمونه شارب خمر ، ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر . ولو حلف لا يشرب شرباً حثت بشرب الماء والنبيذ ، وكذا بالمسمى عندنا أقسمة وفقاً لا يشرب الخل والسنن والزيت والعسل . وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لأن العرف فى اسم الشراب لغير الماء . ويحنث بشرب الينوتر ، وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب . حلف لا يشرب بغير إذن فلان فأعطاه فلان ولم يأذن بلسانه . فى الخلاصة ينبغي أن يحنث ، وهذا دليل الرضا وليس بإذن . ولو حلف لا يشرب خمرًا فزجها بغير جنسها كالأقسمة ونحوه يعتبر بالغالب . وإنما تعرف الغلبة بالون والطعم فيعتبر بالغالب منها ، كذا روى عن أبى يوسف فى النواذر فيما إذا حلف لا يشرب لبناً فصبب عليه ماء وشربه يحنث إن كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه ، وإن كان لون الماء لا يحنث . وعن محمد بن جعفر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالأجزاء ، وإن كان سواء حثت استحصانا . وأما إذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقره فخلطه بلبن بقره أخرى ، فعند أبى يوسف هو كالجنيين يعتبر بالغالب ، وعند محمد يحنث بكل حال لأن الجنس عنده لا يوجب الجنس بل يتكرر بجنسه ، وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمرج ،

(ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يبحث ، فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يبحث ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يبحث في ذلك كله) يعني إذا مضى اليوم ، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى . وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقاءه تصور البرّ عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن اليمين إنما تعقد للبر فلا بد من تصور البرّ ليكن إيجابه . وله أنه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة . قلنا : لا بد من تصور الأصل لينتقد في حق الخلف ولهذا لا ينتقد الغموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ، ففي الوجه الأول لا يبحث عندهما ، وعند أبي يوسف يبحث في الحال ، وفي الوجه الثاني يبحث في قولهم جيمعا)

أما فيما لا يمتزج كالدهن يبحث بالاتفاق إذا عقد بيمينته على الدهن (قوله ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يبحث ، وإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يبحث ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم (وقال أبو يوسف رحمه الله يبحث في ذلك كله إذا مضى اليوم . وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى ، وأصله أي أصل هذا الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البرّ ، وهو قول مالك ووجه عند الشافعية ، وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البرّ في انعقاد اليمين المطلقة وللبقاء المقيدة ، وهو وجه آخر للشافعية . وما ابتنى على الخلاف : لو حلف ليقطن زيدا اليوم فأتى زيد قبل مضى اليوم لا يبحث عندهما . ويبحث عند أبي يوسف في آخر جزء من اليوم ، وكلما لو حلف ليقطنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يبحث عندهما خلافاً له ، وإنما شرطنا جهله بموته عندهما لأنه لو كان عالماً بموته انتقدت وحنت بالاتفاق لأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يمينه الله فيه ، بخلاف ما إذا لم يكن عالماً لأنه عقده على حياته القائمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البرّ غير متصور كمشكلة الكوز فإنه وإن أمكن إحداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير

قال (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأمرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يبحث) علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم (فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يبحث عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يبحث في ذلك كله) أي فيها إذا كان فيه الماء وفيها لم يكن ، وما ذكر من الوجه للجائنين فواضح . واعترض على وجههما بأن البرّ متصور في صورة الإرافة ، لأن إعادة القطرات المهرقة ممكنة فكان متصورا . وأجيب بأن البرّ إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان . وقوله (ولو كانت اليمين مطلقة) أي عن ذكر اليوم (ففي الوجه الأول) يعني فيما إذا لم يكن في الكوز ماء (لا يبحث عندهما ، وعنده يبحث في الحال . وفي الوجه الثاني) وهو أن يكون فيه ماء فأهريق (يبحث في قولهم جيمعا .

(قال المصنف : ومن قال إن لم أشرب الخ) أقول : وإن كان يعلم أنه لا ماء في الكوز ينتقد عند الخلفاء ، كذا في البدائع . وفيه أيضا : وعلى هذا الخلاف إذا قال وأه لا يظن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينتقد عندهم خلافاً لأبي يوسف ، وإن كان عالماً بموته ينتقد عنهم خلافاً لغيره . وسيجيء من المصنف في باب اليمين في القتل والضرب أن الصحيح أنه ليس في مسألة الكوز تفصيل العلم (قوله واعترض على وجههما بأن البرّ متصور في صورة الإرافة لأن إعادة القطرات المهرقة ممكنة الخ) أقول : كما إذا صب في إناء آخر لا في الأرض وفيه تأمل (قوله وأجيب بأن البرّ ، إلى قوله : لا يسع فيه غيره) أقول : صير غيره راجع إلى البرّ .

فأبويوسف فرق بين المطلق والموقت . ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحث قبله ، وفي المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحث في الحال وهما فرقا بينهما . ووجه الفرق أن في المطلق يجب البرّ كما فرغ ، فإذا فات البر بفوات ماعد عليه الميّن يحث في عيّن كما إذا مات الحالف والماء باق ، أما في الموقت فيجب البرّ في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم تبق عملية البرّ لعدم التصور فلا يجب البرّ فيه فتبطل الميّن كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة .

المحاور عليه ، فإن الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحالف ولا ماء فيه إذ ذاك فلذا لا يتعقد عندهما . وكذا إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقتضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضي الغد أو قضاءه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تتعقد عندهما وانعقدت عند أبي يوسف رحمه الله . وكذا لو قال : لزيد إن رأيت عمرا فلم أضلحك فعبدي حرّ قرأه زيد فسكت ولم يقل شيئا أو قال هو عمرو لا يتعقد عندهما لفوات الإعلام فلم تبق الميّن . وعنده يعتق لبقاء الميّن وفوات المفقود عليه . وكذا إذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فأت فلان ثم أعطاه لم يحث خلافا له ، وكذا ليضربنه أو ليكلمنه . وجه قولهما أن الميّن إنما يتعقد للبرّ حملا أو منعاً أو لإظهار معنى الصدق فكان محلها خبراً يمكن فيه البرّ ، فإذا لم يكن فأت محلها ولا انعقاد إلا في محلها . وإذا لم تتعقد فلا حث ، ولأبي يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقة للبرّ على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السباء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً حيث يتعقد مع استحالة عادة ، ثم يحث في الحال لما قلنا . قلنا لا بد من تصور الأصل لينتقد في حق الحلف لأنه فرع الأصل فينتقد أولاً في حقه ثم ينتقل إلى الحلف للعجز الظاهر ، ولذا لم تتعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان للبرّ مستحيلاً فيها ، ولو كانت الميّن مطلقة من الوقت بأن لم يذكر اليوم ففي الوجه الأول ، وهو ما إذا لم يكن في الكوز ماء لا يحث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البرّ ، وعند أبي يوسف يحث للحال ، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان فيه ماء فأهريق يحث في قولهم جميعاً (قوله فأبويوسف فرق الخ) لاشك أن هنا أربع صور : صورتان في المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون في الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون ، وصورتان في المطلقة عندهما هاتان أيضاً ؛ ففي المقيدة ولا ماء لا تتعقد عندهما لعدم تصور البرّ فلا يتصور الحث ، وتتعد عنه ويحث للحال للعجز الدائم عن

فأبويوسف فرق) في الوجه الأول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم بين الموقت به ، فقال في المطلق إنه يحث في الحال ، وفي الموقت يتوقف حثه إلى آخر اليوم إلى غيبوبة الشمس . ووجهه ما ذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحث قبله ، وهذا لأن الميّن متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتة بوقت تمتد بتعين الجزء الأخير للانعقاد لأن الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه وتعين آخره ، وفي المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحث في الحال ، وكذا في بعض الشروح . وقال في النهاية : فأبويوسف فرق بين المطلق والموقت : أي في مسألة الوجه الثاني وهو ما إذا كان في الكوز ماء فأهريق قبل الليل فقال في المطلق يحث حال وقت الإراقة من غير توقف إلى الليل ، وفي الموقت لا يحث في الحال بل يتوقف حثه إلى آخر اليوم ، وهما فرقاً بين المطلق والموقت : يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب . وأشار بقوله كما إذا مات الحالف والماء باق إلى أن بقاء المحل شرط للبرّ كبقاء الحالف ، وأشار بقوله كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة إلى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد الميّن كذلك لبقائها .

قال (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً انعقدت بينه وحنث عقيبها) وقال زفر : لاتعتقد لأنه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة فلا يتقدم . ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ؛ ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى . وإذ كان

البر من وقت الحلف إلى الموت ، وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقاً ، فإذا أهرق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانقضاءهما ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء إلى آخر الوقت ، وعنده يتأخر الحنث إلى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث . وفي المطلقة ولا ماء لاتعتقد عندهما ، وعنده تنعقد ، ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله ، وفي المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقاً لإمكان البر عندهما . فإذا أريق حنث اتفاقاً . أما عند أبي يوسف فبطريق أولى مما قبله ، وأما عندهما فلأن تصور البر ليس شرطاً في المطلقة إلا لانقضاءها فقط وقد وجد حال الانقضاء لغرض وجود الماء حال الحلف ، فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنث مطلقاً آخر الوقت وبين المطلقة إذا كان الماء موجوداً حال الحلف فأوجب الحنث حال الإراقة ، فإذا لم يكن موجوداً فالحنث بعد فراغه من البين . والفرق أن التأنيث للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتمين الفعل عليه إلا في آخر جزء من الوقت ، وإن كان التأخير لا يرجى له فائدة فيها إذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد البين في حق الفعل مضيقاً متميناً إلا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله ، وكلنا إذا كان فيه ماء فصعب لهذا بعينه . بخلاف المطلقة ولا ماء فإنه لا فائدة في تأخير الحنث ، وإن كانت العين المطلقة لا يقع الحنث فيها إلا بموت الخالف أو المحلوف عليه في مثل حلفه على شربه أو طلاقها ، فإن ذلك إذا كان البر مرجحاً ولا رجاء له هنا ، وفيها إذا كان الماء موجوداً لا يثبت هذا اليأس إلا عند الإراقة فيحنث إذ ذاك ، وهما أيضاً يحتاجان إلى الفرق لأنه لا يحنث عندهما إذا ذكر الوقت فأهرق قبل آخره . وإذا لم يذكر فأهرق يحنث . والفرق أن الوقت إذا ذكر كان البر واجباً عليه في الجزء الأخير وعنده المحلوف عليه فأنه حلف إذ ذاك ليبرن ما في هذا الكوز اليوم ، وعلمت بهذا أن اشتراطهما بقاء التصور لبقاء البين المؤقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانقضاء البين المطلقة ، بخلاف ما إذا لم يذكر الوقت فإن البر واجب عليه في الحال ، فإذا فات المحلوف عليه حنث . ولقائل أن يقول : وجوب البر في المطلقة في الحال إن كان بمعنى تعيينه حتى يحنث في ثالي الحال فلا شك أنه ليس كذلك ، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت فيحنث في آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لأنه لا يحنث إلا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فلذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلا شيء تبطل البين عند آخر أجزاء الوقت في المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة . ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لأمرته إن لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق ، فقال أبوها إن وهبت له صداقك فأنت طالق ، فحيلة عدم حنثهما أن تشتري منه بمهرها ثوباً ملفوفاً وتقبضه ، فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لأنها لم تهب صداقها ولا الزوج لأنها عجزت عن الهبة عند الغروب لأن الصداق سقط عن الزوج بالبيع ، ثم إذا أرادت عود الصداق رده بتجار الرؤية (قوله ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً انعقدت بينه وحنث عقيبها) يعني إذا حلف

وقوله (ومن حلف ليصعدن السماء) على ما ذكره ظاهر . واعترض بأن تصور البر لو كان كافياً في خلفية الكفارة لوجب في الغموس لأن الله تعالى قادر على إعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسلطان صلى الله عليه وسلم وأجيب بأن تصور البر في الغموس بأن يحلل الفعل الذي لم يوجد موجوداً منه وهو مستحيل . وقوله (وإن كان

متصوراً يتعقد اليقين موجبا لحاقه ثم يبحث بحكم العجز الثابت عادة. كما إذا مات الحالف فإنه يبحث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز ، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم يتعقد .

(باب اليقين في الكلام)

• مطلقا كما هي في الكتاب . أما إذا وقت اليقين فقال لأصعدن " غذا لم يبحث حتى يمضي ذلك الوقت ، حتى لو مات قبله لا كفارة عليه إذ لا حث . وقال زفر : لا تتعقد أصلا لأنه مستحيل عادة فيجعل المستحيل حقيقة كماء الكوز فلا تتعقد . ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الأنبياء ، وكذا تحويل الحجر ذهباً بتحويل الله يخلقه صفة الحجرية وإلباس صفة الذهبية بناء على أن الجوهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية ، والتحويل في الأول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق ، ولعلمهم بإثبات كرامات الأولياء فكان البر متصورا فتعقد اليقين موجبة لحاقه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما إذا مات الحالف فإنه يبحث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال إعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحالوف عليه ، ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فتحكم بالحث إجماعا . بخلاف مسألة الكوز لأن شرب الماء الذي في الكوز الذي لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تتعقد . فحتم الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه ، وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فإنه ممكن وليس معناه متوقفا متوقفا ، والله أعلم .

(باب اليقين في الكلام)

لما فرغ من ذكر الأفعال التي هي أهم من الكلام كالأكل والسكنى وتوابعهما شرع في الكلام إذ لا بد من وقوعه لأن الإنسان لا بد له من إيصال ما في نفسه إلى غيره لتجصيل مقاصده . وبدأ بالكلام الأهم من خصه صيات

متصوراً يتعقد اليقين) إنما كان كذلك لأن لإيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيها . له خلف ، ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ القاني ولم تكن له قدرة لمكان التصور والخلف ، وكذلك هنا حث عقيب وجوب البر " فوجب الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت القدية هناك عقيب وجوب الصوم .

(باب اليقين في الكلام)

لما ذكر بيان أيمان السكنى والدخول والخروج والأكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الأبواب المتفرقة وهو الكلام ، إذ اليقين في العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج

قوله (لأن لإيجاب العبد معتبر الخ) أقول : هي مقبس .

(باب اليقين في الكلام)

(قوله إذ اليقين إلى قوله هل ذكر التمتع الخ) أقول : فيه تأمل .

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حث) لأنه قد كلمه ووصل إلى مسمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله . وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه ، وعليه عامة مشايخنا ، لأنه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته .

الفتح والطلاق وغيرها لتقدم الأعم على الخصوصيات (قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) اقرب مكانه منه (إلا أنه نائم حث) لأنه قد كلمه ووصل إلى مسمعه إلا أنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله : أى لفغته فإنه يحث ، وهذا لأن العلم بوصول صوته إلى صياحه غير ثابت فادبر على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سألما سمع ولهذا لو كان أصم حث . وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه ، فإنه قال في بعضها فتاداه أو أيقظه ، وفي بعضها فتاداه وأيقظه . قال : واختاره مشايخنا لأنه إذا لم ينتبه بكلامه صار كما إذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن أن يميز حروفه ، وفي ذلك يكون لأغيا لامتكلمنا مناديا ، وصار كما لو كان ميتا لا يحث بكلامه ، بخلاف الأصم لأنه يصح أن يقال كلمه إذا كان بحيث لو لا الصمم سمع . لا يقال : يصح مثل هذا في الميت . لأننا نقول : يمينه لاتنمقد إلا على الحى لأن المتعارف هو الكلام معه ، ولأن الغرض من الحلف على ترك الكلام إظهار المقاطعة وذلك لاتيحق في الميت والبعيد الذى لا شعور له بئدائه وكلامه ، لكن ما ذكر محمد في السير الكبير : إذا نادى المسلم أهل الحرب بالأمان من وضع يسمعون صوته إلا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان . قال البرهسي هذا يبين أن الصحيح في مسألة الأمان الحث وإن لم يوقظه انتهى . وقد فرق على هذه الرواية بأن الأمان يحتاج في إثباته . وقيل يحكم فيها بالخلاف ، فعنده يحث لأنه يعمل النائم كالمستيقظ وعندها لا يحث ، والمراد بما نسب إليه ما ذكر في باب التيمم من أن التيمم إذا مرّ وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه ، وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ ، فإنه لو كان مستيقظا حقيقة وإلى جانبه حفرة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على النعاس ، وأضيف إلى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ . وفي الأخيرة : لا يحث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليقين منقطع عنها لامتصل ، فلن قال موصولا إن كلمتك فأنت طالق فاذهي أو اخرجي أو قومي أو شتمها أو زجرها متصلا لا يحث لأن هذا من تمام الكلام الأول ، فلا يكون مرادا باليمين إلا أن يريد به كلاما مستأنفا ، وهو وجه لأصحاب الشافعي ، وبه قال الشافعي في الأظهر وأحمد ومالك وفي المتقى : لو قال فاذهي أو اذهبي لا تطلق ، ولو قال اذهبي طلقت لأنه متقطع عن اليمين . وأما ما في نواحد ابن سباعة عن محمد : لا أكلمك اليوم أو غدا حث لأنه كلمه اليوم بقوله أو غدا فلا شك في عدم صحته لأنه كلام

والصلاة والصوم من أنواع الكلام ، فذكر الجلس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الإسلام أن التكليم عبارة عن إسراع كلامه كما في تكليم نفسه فإنه عبارة عن إسراع نفسه ، إلا أن إسراع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فاقم السبب المؤدى إليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الإسراع ، وكلامه واضح . وقوله (لتغافله) أى لفغته . وقوله (وفي بعض روايات المبسوط) (يريد ماروى في رواية فتاداه وأيقظه يحث فيه ، وهذه الرواية تشير إلى اشتراط الإيقاظ للحث . وذكر في بعض الروايات فتاداه أو أيقظه ، وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظا لسمع صوته حث وإن لم يوقظه . وقال خمس الأئمة

واحد ، فإنه إذا أراد أن يحلف على أحد الأمرين لا يقال إلا كذلك ، وعلى هذا إذا قال لآخر إن ابتدأتك بكلام فبىءى حراً فالتقياً فسلم كل على الآخر معاً لا يحنت وانحلت بمنته لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء . ولو قال لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هى له كذلك لا يحنت إذا كلمها لأنه لم يبتدئها ، ولا يحنت بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها . ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فهم حنت لا أن لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء ، وعند مالك والشافعى رحمهما الله قضاء أيضاً . أما لو قال السلام عليكم إلا على واحد صدق قضاء عندنا ، ولو سلم من الصلاة فإن كان إماماً قبل إن كان المخاوف عليه عن يمينه لا يحنت ، وإن كان عن يساره يحنت لأن الأولى واقعة في الصلاة فلا يحنت بها بخلاف الثانية . وقيل لا يحنت بها لأنها في الصلاة من وجه ، وكذا عن محمد لا يحنت بهما وهو الصحيح . والأصح ما في الشافى أنه يحنت إلا أن ينوى غيره . وفي شرح القندورى فيها إذا كان إماماً يحنت إذا نواه وإن كان مقتدياً فعلى ذلك التفصيل عندهما . وعند محمد لا يحنت مطلقاً لأن سلام الإمام يخرج المقتدى عن الصلاة عنده خلافاً لهما ، وبه قال مالك . ولو دق عليه الباب فقال من حنت . وقال أبو الليث : لو قال بالفارسية كيست لا يحنت . ولو قال كى تر حنت ، وبه أخذ وهو المختار . ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبي حنت ، ولو كلمه الخائف بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين . ولو أراد أن يأمر بشيء فقال وقد مر المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنت قاله في النخبة . ولو حلف لا يتكلم فتاول امرأته شيئاً وقال ما حنت . ولو جاء كافر يريد الإسلام فبين صفة الإسلام مسعاً له ولم يوجه إليه لم يحنت . وفي المحيط . لو سب الخائف بالمحلوف عليه للسهر أو فتع عليه القراءة وهو مقتد لم يحنت . وخارج الصلاة يحنت . ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولا لا يحنت لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً خلافاً لمالك وأحمد . واستدلوا بقوله تعالى - وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا - أجيب عنه بأن معنى الإيمان على العرف . واعلم أن الكلام لا يكون إلا باللسان فلا يكون بالإشارة ولا الكتابة ، والإخبار والإقرار والإشارة تكون بالكتابة لا بالإشارة ، والإيماء والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالإشارة أيضاً ، فإن نوى في ذلك كله : أى في الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة دين فيها بينه وبين الله تعالى . ولو حلف لا يحنت لا يحنت إلا أن يشافهه ، وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة . ولو قال لا أبشره فكذب إليه حنت . وفي قوله إن أخبرتنى أن فلاناً قدم ونحوه يحنت بالصدق والكذب . ولو قال بقلوبه ونحوه فعل الصدق خاصة ، وكذا إن أعلمتنى . وكذا الإشارة ومثله إن كتبت إلى أن فلاناً قدم فكذب قبل قدومه فوصل إليه الكتاب حنت سواء وصل إليه قبل قدومه أو بعده ، بخلاف إن كتبت إلى بقلوبه لم يحنت حتى يكتب بقلوبه الواقع . ذكر هشام عن محمد : سألت هارون الرشيد عن حاف لا يكتب إلى فلان فأمر من يكتب إليه بإيماء أو إشارة هل يحنت ؟ فقلت نعم يا أمير المؤمنين إذا كان مثلك . قال السرخسى : وهذا صحيح لأن السلطان لا يكتب بنفسه وإنما يأمر ومن عاديهم الأمر بالإيماء والإشارة . ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظره حتى فهمه لا يحنت عند أبي يوسف ، ويحنت عند محمد لأن المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به . ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لم يحنت بكلام أحدهما إلا أن ينوى كلامهما فيحنت بكلام أحدهما ، وعليه الفتوى وإن ذكر خلافه

السرخسى : والأظهر أنه لا يحنت ، وإليه أشار بقوله وعليه مشايخنا ، والوجه ما ذكره في الكتاب :

(ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث) لأن الإذن مشتق من الأذان الذى هو الإعلام ، أو من الوقوع فى الإذن ، وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماح . وقال أبو يوسف : لا يحنث لأن الإذن هو الإطلاق ، وأنه يتم بالآذن كالرضا . قلنا : الرضا من أعمال القلب ، ولا كذلك الإذن على ما مر . قال (وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر لتأيد البين فلذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقى الذى يلى بميمته

فى بعض المواضع (قوله ومن حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان) أى بالاشتقاق الكبير (أو من الوقوع فى الإذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماح) قال المصنف (وقال أبو يوسف : لا يحنث) وهذه رواية عنه كما ذكره الأقطع فى شرحه حيث قال ظاهر قويم يحنث . وعن أبي يوسف لا يحنث . ووجه هذه الرواية عنه أن الإذن هو الإطلاق ، وأنه يتم بالآذن كالرضا ، فإنه لو حلف لا يكلمه إلا برضا فلان فرضى ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث . أجاب المصنف بأن الرضا من عمل القلب ولا كذلك الإذن ، نعم هو يتضمن الرضا ظاهرا لكن معناه الإعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا ، وما توقيضى به من أنه ذكر فى التتمة والفتاوى الصغرى إذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصبح الإذن حتى إذا علم يصير مأذونا . دفع بأنه يدل على تقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الإذن قبل العلم حيث قال : حتى إذا علم صار مأذونا نعرف أنه ليس له قبل العلم حكم الإذن . يدل عليه ما فى الشامل فى قسم الميسوط : أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يحنث . غاية ما فيه أن الإذن يثبت . وقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه . وقوله على ما مر : يعنى ما تقدم أنفا من قوله لأن الإذن مشتق من الأذان الخ (قوله وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو) أى ابتداء الشهر (من حين حلف) لأن دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الآن ، ونظيره إذا أجره شهرا لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة فى الحال ظاهرا ، فكان ابتداءه من وقت العقد ، ولأنه لو لم يعتبر

(ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه) ظاهر . وقوله (وأنه يتم بالإذن كالرضا) يعنى أنه إذا حلف لا يكلمه إلا برضا فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما أن الرضا يتم بالراضى ، فكذلك الإذن يتم بالآذن . قلنا : الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الإذن على ما مر أنه إما من الأذان الذى هو الإعلام ، أو من الوقوع فى الإذن وذلك يقتضى السماح ولم يوجد . واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذونا إذا أذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذونا فلم يكن الإذن محتاجا إلى الوقوع فى الإذن . وأجيب بأن الإذن هذا فك الحجير فى حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكه فيثبت بمجرد الإذن ، وأما فى البين فلما حرم كلامه بالبين إلا عند الأذن صار الإذن ميثاقا لإباحة الكلام للحالف . فلا بد من الإعلام بذلك وهو معنى على تخصيص العلة وأمره وأصبح عند الأصولى (وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر لتأيد البين) لأن ما يلى البين صالح لحلية البر : أى جزء كان من أجزاء الليل والنهار ، وإذا كان كذلك وقد وقعت التكريرة فى سياق النفي كان البين مؤيدا فلذكر الشهر لإخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهى النية التى حلف فى الحال ، بخلاف ما لو قال والله لأصوم شهرا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأيد البين ، إنما لأنه تكرة فى سياق الإثبات ، وإما لأن الصوم غير صالح للتأيد لتدخل الأوقات التى لا تصلح أن تكون مجلا للصوم ، فكان ذكره لتقدير الصوم

(قوله فرضى المحلوف عليه بالاستثناء) أقول : يعنى المستثنى (قوله إذا أذن له مولاه) أقول : أنكر الاتفاق كون العبد مأذونا بلا علمه

دخلا عملا بدلالة حاله . بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهرًا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأيد المين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه (وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث) وعلى هذا التيسيع والتهيل والتكبير . وفي القياس يحنث فيما وهو قول الشافعي لأنه كلام حقيقة . ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا . قال عليه الصلاة والسلام « إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا لأنه لا يسمى متكلمًا بل قارئا ومسبحا

من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون ، وأما الأجل في قوله كفلت لك بنفسه إلى شهر ؛ اختلف في أنها لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها . فعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم بإحضاره بعد الشهر وألحقها بآجال الديون فجعلها لبيان ابتدائها فلا يلزم بإحضاره قبل الشهر ، وهو أحسن لأن الأجل في مثله الترفيع ، بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهرًا فإنه نكرة في الإثبات . وإنما يوجب شهرًا شائعا يعينه الخالف ولا موجب لصرفه إلى الحال . وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأيد فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقى ما يلي يمينه داخلًا عملا بدلالة حاله ، فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ، ومن الشارحين من قرره وجهين لأن دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء إلى ما يلي الحلف كما ذكرنا ، وما قبله وجه آخر وهو أنه لو أطلق تأيد متصلا بالإيجاب . ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه متفق بالأصل لا بدالته على النفي ، ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرًا ابتداءه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لا ابتدائها فكان وجهًا واحدًا ، إلا أنك علمت من تقريرنا أن الحاجة إلى ما قدمه من لزوم التأيد والإخراج . وأما ما فرغ من استقلال الإخراج مما ذكره الترمذاني من قوله إن تركت الصوم شهرًا أو كلامه شهرًا تناول شهرًا من حين حلف لأن ترك الصوم والكلام مطلقًا يتناول الأبد فذكر الوقت لإخراج ما وراءه ، وكذا إن لم أسأكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرًا في عمره حنث وإن لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجه . نعم إن كان في مثله عرف يصرفه إلى الوصل بالحلف وإلا فلا (قوله ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث ، وإن قرأ في غير الصلاة حنث ، وعلى هذا التيسيع والتهيل والتكبير) إذا فعله في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث ، وهذا جواب الاستحسان . وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لأنه أي القرآن والذكر كلام حقيقة . ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء » وإن مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة » متفق عليه . وأما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم « إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » فقليل عليه إنما نفي عنها كلام الناس ، ولا يستلزم نفي الكلام مطلقا ، وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ، ولما كان معنى الإيمان على العرف ، وفي العرف المتأخر لا يسمى التيسيع والقرآن أيضا وما معه كلاما حتى أنه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لا يحنث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة ، واختير

وأنه منكر فالتنية تعينه . وقوله (وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن) ظاهر .

فراجع إلى الشرح (قال المصنف : وفي القياس يحنث فيما وهو قول القاضي) الأول : في الكافي ما يضافه ، فإنه جعل قول الشافعي كقول حواجر زاده .

(ولو قال يوم أكمل فلانا فأمرته طالق فهو على الليل والنهار) لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى - ومن يومه يومئذ دبره - والكلام لا يمتد (وإن عنى النهار خاصة دين في القضاء) لأنه مستعمل فيه أيضا . وعن أبي يوسف أنه لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف .

للقوى من غير تفصيل : أى تفريق بين عقد الميّن بالعربية والفارسية . وما ذكر في بعض المواضع من أنه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبره طلقت واحدة ، ولو قالت بلا عطف : سبحان الله الحمد لله لا إله إلا الله أكبر طلقت ثلاثا لأنه كلام متعدد بالاستئناف كل بخلاف المعطوف لأنه كلام واحد . وقد يدفع بأن الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فها قيد بقيد أصلا . وأما الشعر فإنه يبحث به لأنه كلام منظوم ، وفي الحديث أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد :

الأكمل شيء ما خلأ الله باطل وكل نعيم لا محالة زائل

وعرف بما تقدم أنه لا يبحث بالكتابة والإيماء ونحوه (قوله ولو قال يوم أكمل فلانا فأمرته طالق فهو على الليل والنهار) فإن كلمه ليلا أو نهارا حث ، ثم قال المصنف في وجهه : لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى - ومن يومه يومئذ دبره - ولا فرق بين التولية ليلا أو نهارا . والكلام لا يمتد ، قبل في وجهه لأنه عرض لا يقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك . وذلك عند الموافقة صورة ومعنى ، والكلام الثانى يفيد معنى غير مفاد الأول فليس مثلا . وما قيل الكلام يتنوع إلى خير واستحبار وأمر ونهى فلا يحمل على الكلام المطلق أنه يمتد ، فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا أنه غير يمتد إذ كل نوع منه على هذا يمتد على أنه اسم الكلام ليس إلا لأفانظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المقاد من نوع الأول أو لا ، وبه يندفع القولان ، ولذا قال الشيخ عبد العزيز : الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يمتد لأن الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ، ولأن اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف إليه كما في قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، وقد تقدم تحقيق هذا الأصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه . وأن الأولى الاعتبار بالعامل المعبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما أضيف إليه الظرف وغلبه لحمل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لأنه هو المقصود الأصل ، بخلاف ما أضيف إليه لأنه ليس مقصودا إلا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد إلى إثبات معناه بالقصد الأول . واستشكل بما لو قال والله لا أكمل فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكله ليلا لا يبحث لأن الليل لم يدخل ، وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التثنية وبه قال الشافعى . وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف . وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الأولى بدلالة إعادة حرف النى عند ذكر الغد وإلا لم يكن لذكره فائدة ، حتى لو قال لا أكمله اليوم وغدا وبعد غد قد دخل الليلة ، وبه قال الشافعى وهو كقول ثلاثة أيام . وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في أنت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلاثة أيام ، ولو قال كل يوم تطلق واحدة ، ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت (قوله وإن عنى النهار خاصة) أى بلفظ اليوم (دين) أى صدق (في القضاء لأنه مستعمل فيه) أى لأنه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وإن كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت . وعن أبي يوسف لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصديق في القضاء

وقوله (ولو قال يوم أكمل فلانا) ههنا ثلاث عبارات نهار أكمل فلانا وليلة أكمل فلانا ويوم أكمل فلانا ، فالأولى ليابض النهار خاصة ، فلو كلمه ليلا لم يبحث .

(ولو قال ليلة أكمل فلانا فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة في سواد الليل كالتأخر للبياض خاصة ، وما جاء استعماله في مطلق الوقت (ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فأمراته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حث ، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحث) لأنه غاية

(قوله ولو قال ليلة أكمل فلانا فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة في سواده كالتأخر للبياض خاصة، وما نافية ، وجاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم . وأورد عليه قول القائل :

وكننا حسينا كل بيضاء شحمة

ليالي لاقينا جلدنا وحميرا

سقيناهم كأسا سقينا بمثلها

ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فإن الحرب لم تكن ليلا . أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة الجمع ، وذكر أحد العديدين بصيغة الجمع ينظم ما يزاها من الآخر ، ولا كذلك المفرد : يعني ذكر الليالي ينظم النهر التي يزاها ، كما أن ذكر الأيام ينظم الليالي التي يزاها . قال تعالى - أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام - وفي آية أخرى - ثلاث ليال سويا - والقصة واحدة وليس الكلام إلا في المفرد ، فإن ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب . ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضي أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها أيام بقدرها ، والمتعارف في مثل هذا الكلام أنه إنما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالي ، وليس هذا بشيء لأن الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياما ولياليها ، وهذا كثير الوقوع ، فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيد ولا دخل لذلك في خصوص عرف (قوله ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فأمراته طالق فكلمه قبل القدوم أو الإذن حث ، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحث لأنه غاية) أي لأن القدوم والإذن غاية لعدم الكلام لما قلنا أن فعل الشرط الميثب في العين يكون لمنع منه فيكون في معنى المنع به . وبالقلب ، فقوله إن كلمته حتى يقدم يعني لا أكلمه حتى يقدم وإن وقع خلاف ذلك فأمراته طالق ، وإذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين مفقودة على الكلام حال عدم الإذن فتبى العين ما تبى عدم الإذن الواقع غاية فيقع الحث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لأنها مقيدة به فلا يحث بالكلام بعد مجاوزته ، أما أن حتى غاية فظاهر .

والثانية لسواده خاصة ، فلو كلمه نهارا لم يحث . وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر :

وكننا حسينا كل سوداء تمرة

ليالي لاقينا جلدنا وحميرا

مراداه الوقت فليس مما نحن فيه لأن كلامنا فيها ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع ، وذكر أحد العديدين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما يزاها من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه . والثالثة يعتبر بما قرن به ، إن قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى - ومن يومهم يومئذ دبره - والكلام بما لا يمتد ، وإن قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار ، والبحث فيه وظيفة أصولية ، وقد قررناه في التقرير ، فإن عني في قوله يوم أكمل فلانا النهار خاصة صدق في القضاء لأنه مستعمل فيه أيضا قال الله تعالى - إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة - والمراد به بياض النهار . وقوله (لأنه غاية) أما في كلمة حتى فظاهر ، وأما في إلا أن فلما تقدم من مناسبة معنى

(قوله وما جاء استعماله في مطلق الوقت) أقول : لفظ ما نافية في قوله وما جاء الخ (قوله وذكر أحد العديدين ، إلى قوله : من العدد الآخر)

أقول : والتفصيل في باب الاعتكاف (قوله فلما تقدم من مناسبة الخ) أقول : في باب العين في الخروج والإتيان

واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يبحث بالكلام بعد انتهاء العين (وإن مات فلان سقطت العين) خلافاً
لأبي يوسف لأن المنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقولوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت العين .
وعنده التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية تتأبد العين .

ولما أن إلا أن غاية فلان به ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية إذا كانت الغاية لمتى فأطلق عليها اسمها ، ومثله قوله تعالى - لا يزال بانيهم الذي بناؤا ربية في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم - أي إلى موتهم . وقيل هي استثناء على حالها وفيه شيء ، وهو أن تقدير الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو الأحوال على معنى أمراته طالق في جميع الأوقات أو الأحوال إلا وقت قتل فلان أو إذنه وإلا حال قتلوه أو إذنه بتقدير مضاف إلى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن ، فإن تقدير إلا أن يأذن إلا إذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن والقولوم ، فيقتضي أنه لو كلمه بعد القولوم أو الإذن حث لأنه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت وهو غير الواقع ، ثم أورد أن إلا أن شرط لا غاية لأنها شرط في قوله أمراته طالق إلا أن يقدم زيد فإن المعنى إن لم يقدم زيد . وأجيب بأنها إنما تكون للغاية فيما يشتمل التأنيث والطلاق مما لا يحتمله : يعني فتكون فيه للشرط اهـ . وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يعتد لأنه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ، ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت فالمفهوم أن القولوم شرط الطلاق لا علمه . وجهه شارح آخر فقال وإنما حمل على إن لم يقدم في مثله الطلاق لأن على أن قدم لأنه جعل القولوم رافعا للطلاق فيكون القولوم علما على الوقوع ، وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمر إلى قولوم فلان فيرتفع فيكون قولومه علما على الوقوع قبله ، والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قولوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا إن لم يقدم ، فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقولوم وأمكن وقوعه عند عدم القولوم اعتبر الممكن فجعل عدم القولوم شرطا وهو حاصل أنت طالق إن لم يقدم فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لأنه مطلق كقوله إن لم أطلقك فأنت طالق . قال تاج الشريعة : ومهما أمكن المصير إلى هذا المحاذ : يعني الغاية لا يصار إلى ذلك المحاذ : يعني الشرط لأن في هذا إجراء المحاذ في مجرد الاستثناء . وفي ذلك إجراؤه في استثناء القولوم ، لأننا نجعل استثناء القولوم مجازا عن اشتراط عدم القولوم وإجراء المحاذ في الجزء أولى منه في المجموع (قوله وإن مات فلان سقطت العين خلافاً لأبي يوسف لأن المنوع عنه كلام ينتهي) المنع منه (بالإذن والقولوم ولم يبق) الإذن ولا القولوم (بعد موت من إليه الإذن والقولوم متصور الوجود) فلم يبق البر متصور الوجود ، وبقاء تصوره شرط لبقاء العين الموقوفة عند أبي حنيفة وعنده على ماهر ، وهذا العين موقوفة بوقت الإذن والقولوم إذ بهما يتمكن من البر إذ يتمكن من الكلام بلا حث فيسقط بسقوط تصور البر . وعنده أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد العين ، فأى وقت كلمه فيه بحث . فإن قيل : لانسلم عدم تصور البر بموته لأنه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن .

الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية . قوله (وإن مات فلان) يعني الذي أسند إليه القولوم أو الإذن سقط العين لانقضاء تصور البر . فإن قيل : إعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا يبطل العين . فالجواب أن العين انقضت على القولوم أو الإذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لاحتالة ، ولهذا قلنا : إذا قال لأقتل فلانا

(قوله وفي غير المادة) أقول : أي بالاعتبار (قال المصنف : ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول : ليصور كك التمس من المدلول عليه باليمين فليعلم .

(ومن حاف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلهم لم يحنث) لأنه عقد بعينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث ، قال هذا في إضافة الملك بالاتفاق ، وفي إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة

فالجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على إذنه فيها وقلومه وهي الحياة القائمة حالة الخلف لأن تلك عرض تلاشي لا يمكن إعادتها بعينها ، وإن أعيدت الروح فإن الحياة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما له روح . (قوله ومن حاف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه) إنما أراد من ينسب إليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ . اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة في الكل معرفة لعين ما عقد العزم على هجره سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه . فالإضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة أهم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لأنه لا تقابل بين الأعم والأخص إلا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحى وهو جعل الجمل المذكور للمصنف . وإذا كانت هذه الإضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك إما أن يقرن به لفظ الإشارة كقوله لا يكلم عبده بعدا أو زوجته هذه أولا ، فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعى في العزم كراهته في المضاف إليه وإلا لعرفه باسم العزم ، ثم أعقبه بالإضافة أن عرض اشتراك مثل لا أكلم راشدا صيد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشدا أو ثلاثة زوجة فلان كذلك ، فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه ، وإن احتمل أن يهجر بعضها لداته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتياط ، وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل بأن كان موجودا وقت العزم ودامت الإضافة إلى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت العزم فاشترى عبدا فكله حث ، وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدثت زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة ، ولو أرفقت النسبة القائمة التي عنها صححت الإضافة بأن باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكل المبد والمراة والصديق لا يحنث ، وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا إن العزم انقضت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زالت عنده ، وهذا الأصل على قول أبي حنيفة . وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا ، وفي إضافة النسبة على القائمة وقت العزم ، فتزعم على هذا أنه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدثت زوجة وصديقا فكل المستحدث لا يحنث ، ولو تكلم المروكة حث ، وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات . ووجه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهما

وفلان ميت ولم يعلم الخائف بموته لاتنقضي العزم على الحياة القائمة . قال (ومن حلف لا يكلم عبد فلان) وإذا وقعت العزم على فعل يتعلق بمركب إضافي ، فلما أن يكون مع الإضافة إشارة أو لا ، وكل منهما إما أن تكون الإضافة إليه إضافة ملك أو إضافة نسبة ، فإن لم تكن مع الإضافة إشارة كما إذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في إضافة الملك بالاتفاق ،

والصديق . قال في الزيارات : لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالمجران فلا يشترط دواهما فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة : ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه فلا يبحث بعد زوال الإضافة بالشك (وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن

يقصدان بالمجر لا نفسها لا لغيرهما ، فكانت الإضافة لجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دواهما أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أى المجر بعينه كما في الإشارة ، فإنه إذا قال زوجة فلان هذه ونحوها بما إضافته إضافة نسبة فالافتقار أنه يبحث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع . لأبي حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن المجر للمضاف إليه بما ذكرنا من الوجه ، وأقل ما في الباب جواز كون هجوره لنفسه وأن يكون للمضاف إليه ، وعلى الأول يبحث وعلى الثاني لا فلا يبحث بالشك ، فظهر بما ذكرنا أن ما ذكره في النهاية وغيرها من قوله الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير بالملك يراعى لاجتناب وجود النسبة وقت وجود الفعل المخلوف عليه ، ولا معتبر بالنسبة وقت العيين إذا لم توجد وقت الفعل . وإن كان منسوباً إلى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت العيين ولا معتبر بها وقت الفعل . ثم وجه الفرق بأن في إضافة الملك الحامل على العيين معنى في المسالك . لأن هذه الأشياء لا تعادى لعينها . وفي إضافة النسبة معنى فيهم لأن الأذى يتصور منهم . واستشكل بأن العبد يتصور منه الأذى . أجيب بأن ابن سبابة ذكر في نوادره أنه بحث عند أبي حنيفة لهذا . ووجه الظاهر أن العبد ماقط الاعتبار عند الأحرار فإنه يباع في الأسواق كالخمار ، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما يقصد هجران سيده بهجرانه ، ولا ينبغي أنه أغنى هذا الأصل لا يصحح إلا لمحمد فقط . فأطلاق جعاه أصلاً لهذه المسائل ليس بصحيح لأن الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه ، أو أنه الأصل لصاحب المذهب . هذا ، وروى أن هشاماً أخبر أن عمداً رجع إلى قول أبي حنيفة ، وقال : لا يبحث هذا إذا لم يعينه فلم يذكر الإشارة ، فأما إن عينه فذكر الإشارة بأن قال عبد فلان هذا أو داره هذه . أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطاق وعادى فكلمه ودخل لم يبحث في المملوك من العبد والدار وحث في غيره من المرأة والصديق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر يبحث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ، لأن الإضافة في الكل للتعريف كما قدمنا ، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة ، بخلاف التعريف الآخر فلم اعتبارها وسقوط الأخرى

وكذا في إضافة النسبة عند أبي حنيفة . وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الخلف ، فعل هذا إذا باع فلان عبده فكلمه لم يبحث بالاتفاق ، وكذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده ، وعند محمد يبحث كلما قاله في الزيارات . وجه قول محمد أن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصوداً لأجل المضاف إليه ، وما كان التعريف لا يشترط دواهما للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه ، أى بعين كل واحد منهما . كما في الإشارة بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ما ذكر ههنا) يعنى عدم الحث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فإنه ذكر قول محمد في الزيارات وقول أبي حنيفة في الجامع الصغير ، ولم يذكر لأبي يوسف قول . وقال فخر الإسلام : يحتمل أن يكون قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه : أى كل واحد من المرأة والصديق لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه ، ويحتمل

قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يبحث في العبد وحث في المرأة والصديق . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يبحث في العبد أيضا) وهو قول زفر (وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فبأنهم لم يدخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة . بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة . ولهما أن الداعي إلى التبيين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها . فتتقيد التبيين بحال قيام الملك ، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعي المعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين ، بخلاف ما تقدم

وإذا اعتبرت انعقدت العين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الإضافة كما قبله ، وهما يقولان إن هجران المضاف إذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتقيد ببقاء النسبة مع الإشارة وعندهما ، بخلاف غير المملوك فإنه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فمضد عدم الإشارة استوى الحال فلا يبحث بالشك ومع زيادة الإشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه ، فلا يتقيد الحنث بلبوام الإضافة لأن كون الداعي إلى التبيين معنى في المضاف إليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أى لأنه لم يتعين ، بخلاف ما تقدم وهو إضافة الملك لأن الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف إليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لأن يعادى لنفسه ، وقوله لغت الإضافة ممنوع ، وإنما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن الواقع أن لها فائدة وهي إفادة أن المهجران منوط بنسبته إلى المضاف إليه لفظ منه فيعتبر كل منها لفائدة . وقد رجح ابن العزّ قول محمد وزفر بأن العبد وإن كان ساقط المنزل قد يقصد بالمهجران والخالف لو أراد هجرانه لأجل سيده لم يمتحج إلى الإشارة . فلما أشار

أن لا يكون فلا يبحث بعد زوال الإضافة بالشك ، وإن كان مع الإضافة إشارة بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان هذه . أو صديق فلان بعينه لم يبحث في العبد ، وحث في المرأة والصديق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يبحث في العبد أيضا وهو قول زفر . وجه قولهما أن الإضافة للتعريف . وتقريره : الإضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو أبلغ منه فيه ، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه ، بخلاف الإضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة . وصار كالصديق والمرأة . وجه قولهما أن الداعي إلى التبيين معنى في المضاف إليه ، وتقريره : لا تسلم أن الإضافة للتعريف بل لبيان أن الداعي إلى التبيين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان : أى الدار والذابة والظب لا تهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد التبيين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي إذ ذاك ، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة للتعريف ، والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين : أى لعدم تعيين المضاف إليه للهجران لكون المضاف أيضا صالحا لذلك . وإذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا ، بخلاف ما تقدم ، يعنى إضافة الملك لتعيين المضاف إليه لذلك . واعترض بأن الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشوئها كما جاء في الحديث . وأجيب بأن ذلك احتمال

(قوله لأن هذه الأعيان : أى الدابة والظب الخ) أقول : فيه أن الدابة والظب ليسا بمالكين فيسبق ، فنسب الإشارة لهما أيضا لابد له من توجيه .

قال (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطليسان فباعه ثم كلمه حنث) لأن هذه الإضافة لا تحتل إلا التعريف لأن الإنسان لا يعادى لمعنى في الطليسان فصار كما إذا أشار إليه (ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لأن الحكم يتعلق بالشار إلى هذه الصفة في الحاضر لغو ، وهذه الصفة ليست بداعية إلى العيّن على ما مر من قبل .

إليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالمجران ، قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صفة قصده بالمجران كما في المرأة والصديق انتهى . وما ذكر من أن لكل فائدة ، ففائدة الإشارة التعريف ، وفائدة الإضافة بيان مناط المجر . قد يدفع بأن الإضافة تستقل بالفائدتين ، فلانها أيضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر . وجوابه أن الإشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضا ، وهذا لا يحصل بالإضافة وحدها ، فإنه لو قال عبد فلان اعتقدت على كل لعبد له ، وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وإن كانت الإضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبتة لسيده ، لكن الحنث في الأيمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه ، ولو حلف لتعطين هذا القدير لفقره لم يحنث إذا لم يعط غيره من الفقراء ، وهذا الخلاف إذا لم تكن له نية ، أما لو نوى أن لا يدخلها مادامت لفلان أو لا يدخلها وإن زالت الإضافة فعل ما نوى لأنه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الأول . وروى شذوذًا عن أبي يوسف في دار فلان هذه أنه يحنث بعد زوال الإضافة وليس بشيء . وعنه أيضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لأن الملك لا يستحدث فيها عادة فلانها آخر مبيع وأول ما يشرى عادة فتقبلت العيّن بالقائمة في ملكه وقت الحلف . أوجب بأن العرف مشترك ، فإن الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يضلح مقيدا . وعنه أيضا أن العيّن تتقيد في الكل بالقائم في ملكه وقت الحلف . رواه بشر عنه قال : إذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه ، بخلاف قوله دارا لفلان لأن قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الإضافة وإلا كان مجعلا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه . وفي قوله دارا لفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييدا لليمين بما يكون مضافا إلى فلان وقت السكوى ، ثم في الحلف لا يسكن دارا لفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وإن قل نصيب غيره . وفي بعض الشروح : لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالبت التي تولد بعد العيّن بالإجماع ، وهو مشكل فلانها إضافة نسبة فينبغي أن تتعقد على الموجودة حال التزوج ، فلا يجرم أن في التفريق عن أبي يوسف إن تزوجت بنت فلان أو أمته أنه على الموجود والحادث (قوله وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطليسان لمباعه صاحبه ثم كلمه حنث) بالإجماع (لأن هذه الإضافة لا تحتل إلا التعريف لأن الإنسان لا يعادى لمعنى في الطليسان فصار كما لو أشار إليه) أى إلى صاحب الطليسان بأن قال لا أكلم هذا الرجل فتعاقبت العيّن بعينه والطليسان معرب تليسان أبدلوا التاء طاء من لباس العجين مطور أسود لحمته وسناده صوف (قوله ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث) لأن الحكم معلق بالشار إلى هذه الصفة في الحاضر لغو ولا تفيد بشيئته . وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار ثمرا لا يحنث مع أن الصفة

لم يقرن به حرف فلا يكون معتبرا . وقوله (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطليسان) ظاهرا . وقوله (وهذه الصفة ليست بداعية إلى العيّن) جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث إذا حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار ثمرا . وتقريره : الصفة في الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى العيّن ، وهذه كذلك على ما مر من قبل : يعنى في أول باب العيّن في الأكل والشرب ، بخلاف الرطب فإن صفتها داعية إلى العيّن .

(فصل)

قال (ومن حلف لا يكلم حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لأن الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة . قال الله تعالى - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - وقد يراد به ستة أشهر . قال الله تعالى - توفى أكلها كل حين - وهذا هو الوسط فيتنصرف إليه . وهذا لأن اليسر لا يقصد بالمنع لوجود

في الحاضر لغو . فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ : يعنى أن الصفة تعتبر في الحاضر إذا كانت داعية وصفة الرطوبة مما تدعو بعض الناس إلى الحلف على تركه فتقيد به ، بخلاف الشبهة هنا فإنها ليست بداعية غل ما تقدم . وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخارى : حلف لا يكلم صبيا أو غلاما أو شابا أو كهلا بالكلام في معرفة هؤلاء في ثلاثة مواضع : في اللغة والشرع والعرف . أما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما إلى تسع عشرة . ومن تسع عشرة شاب إلى أربع وثلاثين ، ومن أربع وثلاثين كهلا إلى إحدى وخمسين ، ومن إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره . وأما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ حد البلوغ معلوم ، فإذا بلغ صار شابا وفقى . وعن أبى يوسف أن من ثلاث وثلاثين الكهولة ، فإذا بلغ خمسين فهو شيخ . قال القدورى : قال أبو يوسف : الشاب من خمس عشرة إلى خمسين سنة إلا أنه يغلب عليه الشمط قبل ذلك ، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره ، والشيخ فيما زاد على الخمسين . وكان يقول قبل هذا : الكهل من ثلاثين إلى مائة سنة وأكثر ، والشيخ من أربعين إلى مائة . وهنا روايات أخرى وانتشار ، والمعول عليه ما به الإفتاء .

(فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا أو زمانا)

لما كان ما فيه كالتيق لما تقدم ترجمه بالفصل (قوله ومن حلف لا يكلمه حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر في النفي) كلا أكلمه الحين أو حينا (والإثبات) نحو لأصوم حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا ،

(فصل)

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالأزمان سواء فصلا (ومن حلف لا يكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان ولا نية على شيء من الوقت فهو على ستة أشهر) لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى - فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون - والمراد به وقت الصلاة ، وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - قال المفسرون : المراد به أربعون سنة ، وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى - توفى أكلها كل حين - أى كل ستة أشهر ، فمن وقت الطلع إلى وقت الربط ستة أشهر ، ومن وقت الربط إلى وقت الطلع ستة أشهر ، ومعناه أنه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع تقعيها التية (وهذا هو الوسط فيصرف إليه) إذا لم تكن له نية : وقوله (وهذا) أى الانصراف إلى ستة أشهر (لأن القصير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لأنه يوجد فيها عادة بلا يمين ، والمديد لا يقصد غالبا لأنه بمنزلة الأبد لأن من أراد ذلك يقول أبدا في العرف ، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ، ولو سكت تأييد اليمين

(فصل)

الامتناع فيه عادة ، والمؤيد لا يقصد غالبا لأنه بمنزلة الأبد . ولو سكت عنه بتأيد فيتعين ما ذكرنا . وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين ، يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما . وقال أبو حنيفة : الدهر لا أدرى ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح ، أما العرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفا . لهما أن دهرًا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى . وأبو حنيفة توقف في تقديره لأن اللغات لا تترك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال

كل هذا إذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان ، فإن نوى مقدارا صدق لأنه نوى حقيقة كلامه لأن كلا من الحين كلا والزمان لقلدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ، ففي القليل قول نايعة ذبيان :

فبت كأتى صاورتي ضليلة من الرقش في أيتها المسم نافع

تبادروا الرقون من سوء ممها تطلقه حيناً وحينا تراجع

يريد أن المسم تارة يخف ألمه وتارة يشتد ، وأما في الكثير فالمنسرون في - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - أنه أربعون سنة . وأما في المتوسط فقله تعالى - توتى أكلها كل حين إذاذن ربه - وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضي الله عنه ، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يصير رطباً ستة أشهر ، ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحال على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ، ولأن اليسير لا يقصد بالحلف والإلم بالحلف لتحقيق الامتناع عنه عادة بلايين . والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لأنه في معنى الأبد ، فريده خارج عن العادة إذ لم يسمع من يقول لا أكله أربعين سنة مقيداً بها ، ولو سكت عن الحين وماهه تأيد ، فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الأبد ولا الأربعين ، فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا . والشافعي يصرفه إلى الأقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد والإترك ذكره ويحصل بالاحلف . والزمان يستعمل استعمال الحين ، يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين ، وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولأربعين سنة ولأقل ما ينطلق عليه ، بل إنه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط ، وهو أجو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وإن يكن مثله في خصوص المدة فيصرف إلى ماصع متوسطا . ثم قيل : هذا إن تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف . بل الظاهر فيه أنه للأبد كالدهر والعمر ولذا صبح الاستثناء منه ، فلو قال لا أكله الزمان إلا ستة صبح ، وعهدية الستة أشهر إنما تثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله إن أريد في الوضع فسلم ولا يفيد ، لأن المقصود أن يخمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا . وإن أريد في الاستعمال فيحتاج إلى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت البين ، بخلاف لأصوم حيناً أو زماناً كان له أن يعين أي ستة أشهر شام وتقدم الفرق (قوله وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر يصرف إلى ستة أشهر إذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان ، فإن كان عمل به

فحيث ذكر لابد له من فائدة سوى الاستفادة عند عدم ذكره وإلا لا يكون لذكره فائدة فتعين الأوسط . وقوله (وكذا الزمان) ظاهر (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء (وقال أبو حنيفة : الدهر لا أدرى ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرًا وبين قوله الدهر ، وإذا كان

اتفاقا . وقال أبو حنيفة: الدهر لا أدرى ما هو . وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازاً عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال : لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرًا والدهر . والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف إلى الأبد ، وإنما توقفه في المنكر لأن استعماله لم تثبت على الأنحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط ، فلم يلزم بماذا يقدر ، وتقديره بالمتيقن وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم تثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف . وقيل لأنه جاء في الحديث أن الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم « لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله » فإذا قال لا أكلينه الدهر احتمل أن العيين مؤبدة ، والمعنى والله لا أكلمه والله ، فإنك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم ، ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الأبد ، وقول الشاعر :

هل الدهر إلا ليلة ونهارها وإلا طلوع الشمس ثم غيارها

فالتكررة وإن كانت في الإثبات فهي للعموم بقرينة : أي كل طلوع وكل غروب الخ ، وعرف أنها تستعمل في الإثبات للعموم بقرينة مثل - عانت نفس ما أحضرت - وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف أيضا لأن الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر ، وتوقفه دليل فقعه ودينه وسقوط اعتباره نفسه ، رحنا الله به ، وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم :

من قال لا أدرى لما لم يلده فقد اقتدى في الفقه بالعمان

في الدهر والخفى كذلك جوابه وعسل أطفال ووقت سخان

والمراد بالأطفال أطفال المشركين على ما قلنا في الجنائز .

الاختلاف في المنكر فالمعروف يكون متفقا عليه ، فيما أن يكون ستة أشهر كما قالوا ، ولما أن يكون يقع على الأبد كما قال بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف يقع على الأبد باختلاف بينهم ، وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالالف واللام فيراد به الأبد عرفا . وجه الجائين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح . فإن قيل : ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه ، وكان أبو حنيفة أيضا قائلا في دهور منكورة بثلاثة منها ، فكل دهر ستة أشهر كما هو قولها ، والحكم في الجمع موقوف على معرفة الأفراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المقدور ؟ أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعى معرفة الدهر فكأنه قال : من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الأزمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة . وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفته يقع الأبد بخلاف الحين والزمان ، ويقال دهرى لمن قال الدهر وأنكر البصانع . وحكى الله تعالى عنهم بقوله - وما يهلكنا إلا الدهر - قال صلى الله عليه وسلم « لا تسبوا بالدهر فإن الدهر هو الله » فهذا اسم لم يوقف على مراد التكلم عند الإطلاق ، والتوقف في مثل ذلك لا يكون إلا من كمال العلم والورع .

(قال بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف الخ) أقول : في الدهر للمعرف منهما روايتان فلا غبار في كلام الشرح (قوله ويقال دهرى ، إلى قوله : عند الإطلاق) أقول : فيه تأمل .

(ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) لأنه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة - وقالوا: على أيام الأسبوع. ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده. وعندهما على اثني عشر شهرا لأن اللام للمعهود وهو ما ذكرنا - لأنه يدور عليها. وله أنه جمع معرف فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة

[فرع] إذا قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد. واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا، فمرة قال في الله على صوم عمر يقع على يوم واحد، ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوي أقل أو أكثر (قوله ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير، وذكر فيه أنه بالاتفاق، فإنه قال وأجمعوا فيمن قال إن كانتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو نجما أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه، وذكر في كتاب الإيمان أنها على عشرة أيام عنده كالعرف. قال الإسيبياني: والمذكور في الجامع أصح. ووجهه المصنف بقوله لأنه اسم جمع منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه، لكن لأمعين للزائد فلازم التثنية، كما لو حلف لا يشترى عبدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة. وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لأن من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع، وهذا ليس بشيء إذ قوله الدهور لثلاثة بما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ما هو، نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع. ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما إن حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع إلى الغروب، وإن حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه إلى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فإن كلمه ليلا حلت، ولو قال اليوم وقع على بقية يومه، ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله، والجواب في الليل مثله في اليوم (قوله ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والأزمنة للتعريف ينصرف إلى عشرة من تلك

وقوله (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير، وذكر فيه أنه بالاتفاق، وذكر في كتاب الإيمان أنه على عشرة أيام عنده كما في المرف. قال الإمام الإسيبياني في شرح الطحاوي: والمذكور في الجامع أصح لأنه ذكر الأيام بالتذكير، ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقال: على أيام الأسبوع. والأصل أن حرف التعريف إذا دخل على اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام، ثم بعد ذلك يقولون أجد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم، فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة، بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع التحريم على الواحدة لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم النساء. وعندهما ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه ولا ينصرف إلى جميع العمر، وفي الأيام المعهود فيعرف الناس أيام الأسبوع فكانت مرادة، وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا، ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف بمبته إلى جميع العمر: وقوله (لأنه يدور عليها) قيل أي لأن الشهور تدور على اثني عشر،

(قوله ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول: أي من العدد (قوله قيل: أي لأن الشهور تدور) أقول: صاحب الغليل هو الإتيان.

المعهودات ، ففي غير الأزمة ظاهر ، وفي الأزمة يلزمه خمس سنين لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية .
وقالا : في الأيام ينصرف إلى أيام الأسبوع . وفي الشهور إلى اثني عشر شهرا ، وفي الجمع والسنين والدهور والأزمة ينصرف إلى جميع العمر وهو الأبد . وجه قولهما أن اللام للمعهود إذا أمكن ، وإذا لم يمكن صرفت إلى الاستفراق والمعهد ثابت في الأيام السبعة فانصرفت الأيام إليها ، وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف إليها ، ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف إلى استفراق الجمع والسنين والدهور والأزمة وذلك هو جميع العمر أو هي العهد فيها أيضا ، فإن المعهود بعد ما ذكرنا ليس إلا العمر وهو قول المصنف لأنه لا معهود دونه : أي دون العمر ، وحاصله استفراق سنين العمر وجمعه . وله أنه جمع معروف باللام فينصرف إلى أقصى ما عهد مستعلا فيه لفظ الجمع . على اليقين وذلك عشرة ، وعهده كذا فيا إذا وقع بميز العدد قبله فإنه يقال ثلاثة أيام فيكون لفظ أيام مراد بها الثلاثة ييقين ، وكلنا أربعة أيام وخمسة أيام إلى عشرة ، فكانت العشرة منتهى ما قطع بإرادته بافقت الجمع فيا لا يصح من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع ، بخلاف قوله تعالى - وقطعناهم اثني عشرة أسباطا أمما - وإن عدة الشهور عند الله اثنا عشرة شهرا - فإن الجمع هنا وإن أريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مراد مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف إليه متى ذكر بلامعين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس إلا العشرة فما دونها ، والعشرة منتهى ما عهد شائعا بإرادته به قطعا فيجب الحمل عليه ، وبخلاف ما إذا لم يقع بميزا لعدد نحو - وتلك الأيام نداولها بين الناس - حيث أريد به جميع الأيام فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستفراق ، ولا ينكر أن يراد باللام ذلك ، لكن المقرر أنه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستفراق ، والعهد ثابت فيا يراد بالجمع عند عدم قرينة . والفرض أن الحالف لم يرد شيئا بعينه فالواجب أن يصرف إلى المعهود المستمر ، وإنما اعتبر أقصى المعهود وإن كان مادونه معهودا أيضا لأنه كما عهد استعماله بميزا في العشرة عهد فيا دونها لاستفراق اللام ، ولما كان الاستفراق الذي حكم به عند عدم العهد إنما ثبت لأن منخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستفراق من المراتب حتى صرف إلى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستفراق وهنا أيضا كذلك لما انصرف إلى المعهود ، وللمعهود كل مرتبة من المراتب التي أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت . لاستفراق المعهود ، وبهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العز من قوله : وهذا أي كون أقصى ما يراد به العشرة إنما يكون عند ذكر العدد . وإذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب ، وذكر شاهد ذلك قوله تعالى - وتلك الأيام نداولها - وإن عدة الشهور - قال : وليس في قول الحالف لا أكلمه الشهور اسم العدد ، فلا يصح أن يقال إنه أقصى ما يذكر بافقت الجمع وكذلك الأيام ، وإنما قلنا : إنه اندفع لأنك علمت أن القصد تعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم إرادة شيء بعينه ، فكان لفظ أريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي عهده في غيره ، وأما مشاحته الخيازي حيث قال الخيازي اسم الجمع للعشرة وما دونها إلى الثلاثة حقيقة حالي الإطلاق واقتراحه بالعدد . ولما زاد على العشرة عند الإطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الأحوال كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشيء فإنه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلماذا قال إنه للعشرة وما

وكان القياس أن يقول : لأنها تدور عليه ، ولكن أول بالمذكور في الأول وبالإفراد في الثاني .

(وكلا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لا معهود دونه (ومن قال لعبد إن خدمتني أياما كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة رحمه الله عشرة أيام) لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام ، وقالوا : سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار . وقيل لو كان اليقين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع .

دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة ، وإنما قالوا هذا في بعض أسماء المجموع أنه يطلق من الثلاثة إلى العشرة كما في رهط وذود ونفر إلى آخر ما ذكره ولم يعلم أن الإضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية ، والمعنى الاسم الذي هو الجمع ، ومثل هذا في عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يتحقق على ناظر في العلم ، فحاصل كلام الخبازي أن الجمع في العشرة فما دونها أثبت منه فيما زاد عليه لأن الأول يراد به في حالتين والثاني في حالة ، يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازما ، وحقيقة ما ذكرناه في مبدل التقرير شرح له ، والله الموفق . نعم لقاتل أن يرجع قولهما في الأيام والشهور بأن عهدهما أعهد وذلك لأن عهدة العشرة إنما هو للجمع مطلقا من غير نظر إلى مادة خاصة : يعني الجمع مطلقا عهد العشرة ، فإذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالأيام عهدة عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى ، وقد عهد في الأيام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين إليهما أولى ، بخلاف غيرهما من المصنوع كالسنين والأزمنة ، فإنه لم يعهد في مادتهما عدد آخر فيصرف إلى ما استقر للجمع مطلقا من إرادة العشرة فما دونها . فإن قيل : هذه مغالطة فإن السبعة المعهودة نفس الأزمنة الخاصة بالمساء بيوم السبت ويوم الأحد إلى آخره ، والكلام في لفظ أيام إذا أطلق على عهد منه تلك الأزمنة الخاصة للسبعة لاشك في عدم ثبوته في الاستعمال إذ لم يثبت كثرة إطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والأحد إلى الجمعة والمهرم وصفر إلى آخرها على الخصوص ، بل الأزمنة الخاصة بالمسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المراتب للمتكلمين : فالجواب منع توقف انصراف اللام إلى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك ، بل لافرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولا عنه فإنه إذا صار المعنى معهودا بأي طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرfa باللام انصرف إليه . وقد قسم المحققون العهد إلى ذكرى وعلى ومثل للثاني بقوله تعالى - إذ هما في الغار - فإن ذات الغار هي المعهودة لامن لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه ، وعلى هذا فيجب جعل ماسماه طائفة من المتأخرين بالعهد المتأخر جى أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا . ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة ، فإن العادة ليست لإعلاء عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وبغيرها فيقيدها بعهدتها عملا لا لفظا ولقوة إلا بالله (قوله ومن قال لعبد إن خدمتني أياما كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة أيام لأنه أكثر ما تناوله اسم الأيام) على اليقين على ما تقدم (وقالا : سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم في قضاء الفوائت أن الكثرة بالدخول

وقوله (ومن قال لعبد) ظاهر . وقوله (وقيل لو كانت اليقين بالفارسية) يعني مثل أن يقول أكر خدمتني مراروزهای بسیار توازادی إذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يحق لأن في لساننا يستعمل في جميع الأعداد لفظه روز فلا يحمى ما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع إلى عشرة ، فبذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق

في حد التكرار ، ومقتضاه إن نظر إلى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يبحث إلا بثمانية أيام ، وإنما لم ينظر إلى الكثرة من جهة العرف لأن العرف مختلف ، فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة ، وكذا العشرة والعشرون فإنه يقال باعتبارات ونسب لم تنضب . وصورة المسئلة أن لانية للقاتل في مقدار الكثير ، ففرع كل على أصابه . ثم قال أبو اليسر : أما بلساننا فلا يسمى هذا الاختلاف بل يصرف إلى أيام الجمعة بالاتفاق ، حتى لو قال لعبد أكر خدمت كفى مراروزهای بسیار تازاوی إذا خدم سبعة أيام يعتق لأن في لساننا تستعمل مع جميع لأعداد لفظة روز فلا يسمى ما قال أبو حنيفة من انتهاء الأيام إلى العشرة ، وهذا حسن والله أعلم .

[فروع] قال أول يوم من هذا الشهر فهو على السادس عشر منه ، وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه ، وجمع وصنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق . ولو حاف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو إذا أهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهل فيها ويومها ، وإن نوى الساعة التي أهل فيها صحمت نيته لأنه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه . ولو قال أول الشهر ولا نية له فله من اليوم الأول إلى خامس عشره ، وإن قال آخر الشهر فن سادس عشره إلى آخره ، أو غرة الشهر فالليلة الأولى واليوم الأول في العرف ، وإن كان في النية للأيام الثلاثة أو سابع الشهر فالتاسع والعشرون ، وإن قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله ، وعند طلوع الشمس له من حين تلبو إلى أن تبيض ، وإن قال وقت الضحوة فن حين تبيض إلى أن تزول ، ففي أي وقت فيما بين ذلك فعل بر ، وإن قال المساء فقد تقدم أن المساء مساعان ، ولو قال في الشتاء ونحوه فمن محمد إن كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم ، وإن لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على اللوام ، والصيف ما يشتد فيه الحر على اللوام ، الخريف ما ينكسر فيه الحر على اللوام ، والربيع ما ينكسر فيه البرد على اللوام . وقال أبو الليث : قال محمد : ليس عندنا شيء في معرفة الصيف ، إنما يرجع فيه إلى قول الناس ، فإذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه المسائل . وفي الواقعات واختار أنه إذا كان الحالف في بلد لم حساب يعرفون به الصيف والشتاء . مستمرا ينصرف إليه ، وإلا فأول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والقرو ، وآخره ما يستغنى الناس فيه عنهما ، والفواصل بين الشتاء والصيف إذا استقبل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف ، والربيع من آخر الشتاء إلى أول الصيف ، والخريف من آخر الصيف إلى أول الشتاء ، لأن معرفة هذا أبسر للناس . وقيل إذا كان على الأشجار أوراق وثمار فهو صيف ، وإذا بقي الأوراق دون

عليه اسم الأيام ، لأن بعد ذلك لا يقال أيام بل يقال إحدى عشر يوما ومائة يوم وألف يوم . وقيل في تحليل المصنف نظر لأن لفظ القرد بالفارسية إما أن يفهم منه معنى الجمع أو لا ، فإن فهم يبنى أن يكون العربي والفارسي سواء ، وإن لم يفهم يبنى أن لا يكون الأسبوع مرادا أيضا . ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع . وقوله : يبنى أن يكون العربي والفارسي سواء ، قلنا : ممنوع لأن لفظ الفارسي وإن أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي إلى العشرة وتخصيص أيام الأسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل .

(باب اليمين في العتق والطلاق)

(ومن قال لامرأته إذا ولدت ولدت فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ، وكذلك إذا قال لأخته إذا ولدت ولدت فأنت حرة) لأن الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ، ويعتبر ولدا في الشرع حتى

النار فخره ، وإذا لم يبق عليها أوراق فالشاة ، وإذا خرجت الأوراق دون الثمار فالربيع وهو إذا خرجت الأزهار . ولو قال إلى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعل ذلك وهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذار ، فإن لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعل حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه إلى كسسه ولا يعتبر ما يطير في الهواء وما لا يستيقن على وجه الأرض . ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلده حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تأبنت اليمين . ولو قال إلى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين . ولو ذكر ليلة القدر فإن كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها ، فعل السابعة والعشرين من شهر رمضان ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وإن كان لا يعرف لا ينصرف إليها ، والخلاف فيه معروف بين علمائنا ، فإن كان حلف في أثناء الشهر لا يبحث عندها حتى يبيىء مثله من رمضان القابل ، وعند أبي حنيفة حتى يبيىء كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتأخر ، وعندهما في ليلة مبينها لا تتقدم ولا تتأخر لكن لا تعرف .

(باب اليمين في العتق والطلاق)

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم تقدمه على ما بعده (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت) وكذا إذا علق به عتق أمة لأن بولادة الميت يتحقق الشرط لأن الميت ولد حقيقة وهو ظاهر . وشرعا حتى تنقضي به العدة وتصير به نفسها إذا رأته الدم فتحرّم الصلاة عليها وتصير به الأمة أم ولد . وفي الحديث من رواية أبي عبيد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في السقط « يظل عنبطنا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة » يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المستنخ : أي يتنخض بطنه من الامتلاء من الغضب ، وبلاهمز هو المتغضب المستبطى للشيء والفعل منهما اجنبطاً مهموزاً واجنبطى مقصوراً ، ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد ، وكذلك هو في الحكم ، فلو أسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعصفت أيضا لأنه ولد حتى

(باب اليمين في العتق والطلاق)

قدم هذا الباب على غيره لأن الحلف بهما أكثر وقوعهما فكان معرفة أحكامهما أهم من غيره (ومن قال لامرأته إذا ولدت ولدت فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ، ولو قال ذلك لأخته وعلق به الحرية عصفت) لأن الشرط ولادة الولد وقد تحققت لأن الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما ، أما حقيقة فظاهر ، وكذلك عرفا لأنه يسمى في العرف ولدا ، وأما شرعا فلأن الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد ، وإذا تحققت الشرط

(باب اليمين في العتق والطلاق)

تنقضي به العدة : والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حرّ فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يعتق واحد منهما) لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنتحل الميمن لا إلى جزء لأن الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء . ولأبي حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لأنه قصد إثبات الحرية جزءا وهي قوة حكيمة تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيقتيد بوصف الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت ولدا حيا ، بخلاف جزء الطلاق وحرية الأم

صارت الأمة به أم ولد ، ولو لم يستين شيء من خلقه لا يعتبر ، وتقدم حكمة في الحيض (قوله ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حرّ فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبي حنيفة ، وقال : لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا آنفا لكنه ليس بمحل للعتق فتنتحل الميمن به ولا ينزل الجزاء ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانتها فانتقضت عتبتها فدخلت انحلت الميمن ولا بحث ، حتى لو وجعت فدخلت لا يقع . ولأبي حنيفة أن الشرط ليس إلا الولد الحى هنا ، بخلاف ما قبله ، وهذا لأنه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد ، وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون إلا في الحى فتقيد الموصوف بالشرط بالحياة وإلا لغى الكلام ، فكأنه قال إذا ولدت ولدا حيا ، بخلاف جزء الطلاق للأموحريتها لأنه لا يصلح مقيدا للولد بالحى لأن الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به . وأورد عليه ما لو قيل إن اشتريت عبدا فهو حرّ فاشتري عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال الميمن بالأول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه . أجب بأن المشتري لغيره محل للإعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على إجازة مالكه فانحلت الميمن به ولم يحتاج إلى إضمار الملك فيه . أما الميت فلا يصح إيجاب العتق فيه . لا موقوفا ولا غيره . وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله إن دخلت فأنت طالق فإن الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ، ومع هذا لو أبانتها فانتقضت عتبتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضرر قوله إن دخلت الدار في عصمتي ونحوه لأنها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى ، لأنه لو قال إن تزوجتك فأنت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق . وفي الإيضاح لو قال أول عبد دخل على فهو حرّ فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حى يعتق الحى ولم يذكر الخلاف . والصحيح

ثبت الحكم (ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حرّ فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) أن الموجود مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت الميمن لكن لا إلى جزء كما لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار بعد ما أبانتها وانتقضت عتبتها تنحل الميمن لا إلى جزء . وقوله (ولأبي حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعنى أن الولد وإن كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لأنه قصد إثبات الحرية له جزءا والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال إذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد ، بخلاف جزء الطلاق وحرية الأم لأنه أى الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائها عن حياة الولد فلم يكن الشرط إلا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا : واستشكل بما لو قال إذا اشتريت عبدا فهو حرّ فاشتري عبدا لغيره انحلت يمينه ، حتى لو اشتري بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرطا لحرية وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشتري لعدم ملكه . وأجيب بأن الإضمار إنما يكون لتصحيح الكلام ، والحاجة إلى إضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة إلى إضمار الحياة لأن الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلا ، وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الإجازة فلا يلزم من وجوب إضمار

لأنه لا يصلح مقيدا (وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتي) لأن الأول اسم لفرد سابق (فإن اشترى عبيدين معا ثم أعتق واحدا منهم) لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية (وإن قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتي الثالث) لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لأن الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم مات عتي الآخر لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال ، وقالوا : يعتق يوم مات)

أنه على الاتفاق لأن العبودية لا تبقى بعد الموت . ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتي التام . بخلاف ما لو قال أول كره أملكه فهو هدي فملك كرا ونصفا . كذلك لم يهد شيئا لأن النصف يزاحم كل نصف من الكره لأنه مع كل نصف منه كره بخلاف نصف العبد فإنه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفه ، ذكره القرطبي والمريثاني (قوله وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتي لأن الأول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق ، فإن اشترى عبيدين معا ثم أعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية فيه ، ولو كان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتي الثالث لأنه يراد به التفرد به في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة فيقيد عابله وهو الشراء بمعناه فيقيد أن الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق ، بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لأن واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لأن الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لأن كلا من الأولين كذلك فإنه أول بهذا المعنى فإنه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى ، ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ، ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لأنه المفرد في تعلق الفعل ، بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك . وقيل لأنه يحتمل أن يكون حالا من العبد وأن يكون حالا من المالك : أي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك ، إليه أشار شمس الأئمة وقاضيهان (قوله وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق) والقرص أن لا سابق لهذا

الحياة إضمار الملك (ولو قال أول عبد أشتريه فهو حر) على ما ذكر في الكتاب ظاهر ، وكذا قوله أول عبد أشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير . واستشكل بما لو قال أول عبد أملكه واحدا فهو حر فاشترى عبيدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة ، وفرق بينهما بأن واحدا يقتضي نفى المشاركة في الذات ، ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وإن كان معه فيها صبي أو امرأة وكذب في ذلك إذا قال وحده . وإذا كان كذلك قلنا : إذا قال واحدا فإنه أضاف العتق إلى أول عبد مطلق لأن قوله واحدا لم يقدأمرأا زالما على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه ، وإذا قال وحده فقد أضاف العتق إلى أول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق . وقوله (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر) واضح . قوله (ويعتبر من جميع المال) يعني إذا كان اشتراه في الصبحة

(قوله إذا قال واحد الخ) أقول : ولأنه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك ، كما قال الزبيلى أعلم من الكافي . ونحن نقول ذلك الاحتمال ليس بيبات في زعمه المكان الضمير المانع عن الحالية من المولى ، فإنه لو كان حالا من قبل وحده كما لا يخفى (قوله لأن قوله واحدا لم يقدأمرأا زالما) أقول : لكونه حالا مؤكدة كقوله تعالى - إذا أنزلناه قرآنا حريباً - والضمير في قرأنا المفتح للعبد .

حتى يعتبر من الثلث لأن الآخريه لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه . ولأني حنيفه أن الموت معروف فأما اتصافه بالآخريه فن وقت الشراء فيثبت مستندا، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به ، وفائدته تظهر في جريان الإرث وعدمه

العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق ، وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق أن المعتبر في تحقق الآخريه وجود سابق بالفعل ، وفي الأوليه عدم تقدم غيره لوجود آخر متأخر عنه ، وإلا لم يعتق المشتري في قوله أول عبد أشتريه فهو حرّ إذا لم يشتر بعده غيره ، ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لأنه فرد لاحق لم يعقبه غيره . واختلفوا في وقت عتقه ، فقال أبو حنيفه : يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال إن كان اشتراه في الصحة وإلا عتق من الثلث ، وقالوا : يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة أو المرض . وجه قولهما أن الآخريه لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده إلى الموت . فصار كأنه قال : إن لم أشر بملك آخر فانت حرّ ، ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذلك إذا كان معناه ثابتا . ولأني حنيفه أن الموت معروف للشرط وليس بشرط ، وإنما الشرط اتصافه بالآخريه ، وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء ، إلا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشترى بعده غيره ، فإذا مات ولم يشتر تبين أنه كان آخرًا من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت ، كما لو قال لأمرأته إن حضت فأنت طالق فزوّج الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام ، فإذا امتدّ ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخريه إنما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق إلا بالموت صحيح ، لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل أمر آخر لا يتحقق ظهوره إلا به فلا يقع عنده مقتصرا إلا لو كان هو نفس الشرط ، فإذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا ، وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أترّوجها فهي طالق ثلاثا فزوّج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندها ومستندا عنده ، وفائدته : أي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الإرث وعلمه ؛ فعندهما ترث لأنه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزم مهر واحد إن كان دخل بها ، وكذا إن لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت ، وتعدّد عدة الوفاة والطلاق عند محمد ، وعند أبي يوسف عدة الطلاق لا غير ، ولو كان الطلاق رجعيًا كان عليها عدة

وقوله (حتى يعتبر من ثلث المال) يعني على كل حال لأن شرط العتق آخريه العبد المشتري وهي لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه . ولأني حنيفه أن الموت معروف . وتقريره أنه لما اشترى الثاني بعد الأول تثبت صفة الآخريه فيه ، لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن ، فإذا مات ولم يشتر غيره عرفنا بقرينة صفة الآخريه عليه فيعتق من ذلك الوقت ، كما لو قال لأمرأته إذا حضت فأنت حرة فزوّج الدم لا تمتنع لحول أن يتقطع الدم فيها دون ثلاثة أيام ، فإذا استمرّ بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأته لأنه تبين أن ماراته كان حيضا حين رأت الدم ، إلى هذا أشار الإمام السرخسي ، ذكره في النهاية ، وفيه تسامح لأن ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ، ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصاد والاستناد والتبيين في ذلك سواء . وقوله (وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) أي بوصف الآخريه كما إذا قال آخر امرأة أترّوجها فهي طالق ثلاثا فزوّج امرأة ثم امرأة ثم مات عندها يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث ، وعند أبي حنيفه يقع مستندا إلى وقت الزوّج فلا تستحقه ، وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن

(ومن قال كل عید بشرى بولادة فلانة فهو حرّ فيبشره ثلاثة متفرقين عن الأول) لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه، ويشترط كونه سارا بالعرف، وهذا إنما يتحقق من الأول (وإن بشره معا اعتقا) لأنها تحققت من الكل

الوفاة ، وعنده لا تراث لأنها طلقت ثلاثا وقت تزوجها ، حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق ، وهذا بخلاف قوله إن لم أتزوج عليك ، فإنه إذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لأنه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط ، وليس مثل الأول لأن مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجهول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط ، إذ ما لم يتم آخر الشرط لا يتحقق الشرط ، بخلاف الأخيرة فلأنها تم بذلك الشرط إلى آخر ما ذكرناه . ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق التي تزوجها مرة ، لأن التي أعاد عليها الزوج انصفت بالأولية فلا تنصف بالأخيرة ، كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عن الذي ضربه ثانيا لا للمعاد عليه (قوله ولو قال كل عبد بشرى بولادة فلانة فهو حرّ فيبشره ثلاثة متفرقين) أي متعاقبين عن الأول منهم فقط لأن البشارة إنما تحققت منه لأنها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ، ويشترط كونه سارا في العرف ، وأما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا كان أو ضارا . قال تعالى - فبشرهم بعذاب أليم - ولكن إذا وقع بما يكوه قرن بذكر ما به الوعيد كما في الآية المذكورة . فلو ادعى أنه في اللغة أيضا خاص بالمحبوب ، وما ورد في المكروه فجواز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فلأنها تفيد أن لذلك الخبر أثرا في البشرة ، ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروفة كما يتغير بالمحسوب إلا أن على العرف بناء الأيمان ، وإن بشره معا اعتقا لأن البشارة تحققت من الكل ، قال تعالى - وبشره بغلام عليم - فنسبها إلى جماعة لتحقيقها بالأولية من فرد أو أكثر ، وأصله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم مر بآبن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال صلى الله عليه وسلم : من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد ، فابتدر إليه أبو بكر وعمر بالبشارة ، فسبق أبو بكر عمر . فكان ابن مسعود يقول : متى ذكر : بشرى أبو بكر وأخبرني عمر ، ولو كان مكان البشارة إخبار بأن قال إن أخبرني وباليقين يحاله عن الكل ، ثم إن عدى بالبلاء بأن قال إن

يكون بيان الطلاق البائن فإن به يكون الزوج فارا واثرت للمرأة عندهما . قال (ومن قال كل عید بشرى بولادة فلانة) البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخبر وقد يكون بالشئ إلا أنه في العرف يستعمل فيما يسر ويبنى الحزن ويتحقق من واحد فأكثر ، فإذا قال كل عبد بشرى بولادة فلانة (فبشره ثلاثة) فإن أخبروه معا اعتقا لأن البشارة حصلت منهم ، قال الله تعالى - وبشره بغلام عليم - وإن أخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عن الأول لأن البشارة حصلت منه ، وبعضه ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بآبن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال : من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد ، فابتدر إليه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة ، فسبق أبو بكر عمر بها ، وكان ابن مسعود إذا ذكر ذلك يقول بشرى أبو بكر وأخبرني عمر » وإن قال إن اشترت فلانة فهو حرّ فاشتره بنوى به كفارة يمينه لم يخره لأن الشرط : أي شرط الخروج عن عهدة التكفير قرآنية التكفير بعلة الحق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد ، وإنما وجد عند الشراء وهو شرط الحق لاعتلته فلا يكون مفيدا ، حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة ، وإن اشترى أباه بنوى به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لغيره والشافعي ، وهو قول أبي حنيفة الأول . ووجه قوله إن النية تشترط عند العالة والشراء

(ولو قال إن اشترت فلانا فهو حر فاشترته بنوى به كفارة يمينه لم يجره) لأن الشرط قران النية بعله العتق وهى اليمين ، فأما الشراء فشرطه (وإن اشترى أباه بنوى عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعى . ولما أن الشراء شرط العتق ، فأما العلة فهى القرابة وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق لإزالته وبينهما منافاة . ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام « لن يجرى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره وصار نظيره قوله سقاء فأرواه

أخبرنى بقدم فلان اشترط فيه الصدق لإفادتها بالصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها إنما يتصور لصوقها بالإخبار بنفسه : يعنى بنفس القدوم لفظا وهو الواقع فى الكذب ، فاشترط الصدق بناء على أن تحقق الإلصاق إنما يكون بالإصاق بالإخبار بنفس الواقع ، بخلاف ما لو قال إن أخيرنى أن فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا . وقد أورد على اشتراط الصدق فى البشارة أن تغير البشارة كما يحصل بالأخبار السارة صدقا كذلك يحصل كذبا . وأجيب بما ليس بمفيد ، والوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله ولو قال إن اشترت فلانا فهو حر فاشترته بنوى به كفارة يمينه لم يجره) لأن وقوعه كفارة يحتاج إلى نية الكفارة ، وهذه النية يشترط قرانها بعله العتق وهى اليمين ، وهذا تساهل ، فإن علة العتق هو قوله هو حر وهو جزء اليمين . فإن اليمين هو مجموع التركيب التعليق ، وإذا كان الشرط ذلك والقرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجره عنها ، وهذا لأن العتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله أنت حر السابق فإنه العلة ، أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارة لا يجره لأن النية شرط متقدم لا متأخر ، وإنما صححت فى الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده إذا اشترته فهو حر عن كفارة يمينه فاشترته عتق عنها ، وكذا لو قال هو حر يوم أشترته يريد عن كفارة . وأورد عليه أن الجزاء المعلق إنما يتعقد علة عند الشرط ، والشراء هو الشرط ، وقد قرنت النية بالعلة فينبغى أن يقع عنها لقران النية بالعلة . فالجواب أنه لما كان قبل الشرط بعرضة أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الأهلية عنده اتفاقا ، فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ، ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أضلا فلذا يجب أن تعتبر النية عنده (قوله وإن اشترى أباه بنوى عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى) ومالك وأحمد وهو قول أبى حنيفة أولا لأن العلة للعتق هى القرابة المحرمة لا شراء القريب لأنها التى ظهر أثرها فى وجوب الصلة كالنفقة فهى المؤثرة فى العتق ، وإنما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبه والإرث ، وأما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لأنه لإثبات الملك والعتق لإزالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه . ولنا أن شراء القريب إعتاق ، لما روى الستة إلا البخارى كلهم من حديث سهل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة رضى الله عنه

شرط العتق لاعتقه . وإنما العلة هى القرابة فلا تغيد النية عند الشراء (وهذا) أى كون الشراء شرطا لاعة لأن الشراء إثبات الملك وهو ظاهر ، والإعتاق ليس لإثبات الملك ، لأنه لإزالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء إعتاقا . ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم « لن يجرى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لم يشترط غيره . وقوله (وصار نظيره قوله سقاء فأرواه)

(قال المصنف : ولو قال إن اشترت فلانا الخ) أقول : ولأنت غير بأن الألفب ذكر هذه المسائل فى باب الكفارة .

(ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح:

عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتره فيعتقه» يريد فيشتره فيعتق هو، وعند ذلك الشراء، وهذا للإجماع على أنه لا يحتاج في إثبات عتقه إلى إعتاق زائد بعد الشراء، ولا شك أن القرابة ظاهرة الأثر فيه شرعا، وقد رتب عتقه على شرائه بالقائه لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاء فأرواه. والرتيب بالقائه يفيد العلية على ما عرف مثل سقاء فسجد وزنى ما عر فرجم كما بينا في وجه قول زفر وغيره، وقد ثبت أن الملك أيضا كذلك بالنص مع أنه يشتمل على عين حكمته، وذلك أن في ترتيب العتق عليه تحصيل لا دفع مفصلة القطيعة الحاصلة بملكه إياه كالبهايم والأمتعة والمصلحة الصلة، وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما، واشتهرت عبارتنا القائلة بشراء القريب إعتاق غير أن الشراء علة العلة، أي علة جزء العلة. ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الأكبر من العلة بخلاف القرابة أضيف الحكم إليه ولزمت النية عنده، فإذا نوى عند الشراء أنه يشترى عن كفارته صح. بخلاف ما إذا ملك الأب وغيره بالإرث فإن الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته إذا نواه لأنها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم. بخلاف ما إذا وهب له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فإنه يصح لسبقها مختارا في السبب، وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لأن العتق لا يثبت قبل تمام العلة. وأما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والإعتاق إزالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قولنا شراء القريب إعتاق، وقد علمت أنه إنما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فالإضافة إليه إضافة إلى علة بعيدة، والمنافاة إنما تثبت لو كان إزالة الملك نفس موجب الشراء أولا وبالذات؛ وكان الأتيق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة (قوله ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وإن نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة بيمينه، قالوا: ومعنى المسئلة أن يكون تزويج أمة لغيره

جواب عما يقال عطف الإعتاق على الشراء بالقائه وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وإن لطف فلا يكون نفسه. ووجهه أن الفعل إذا عطف على فعل آخر بالقائه كان الثاني ثابتا بالأول في كلام العرب، يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه وسقاء فأرواه: أي بذلك الفعل لا بغيره. وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب أو لا؟ فإن أثبت له لايزيله لأن الثبوت بيعته لا يكون مزيلا، وإن لم يثبت لا يعتق عليه لأنه لا يعتق فيها لا يملكه ابن آدم. لا يقال: شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في قريب إعتاق لأن الإعتاق إزالة الملك وكون ثبوت الشيء إزالة له محال بالبدية. ولا يقال: شراء القريب إعتاق بواسطة موجب وهو ثبوت الملك لأنه أشد استحالة لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له. والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب إعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلة الملك بقاء كما أنه أخرج الحر عن محلة ابتداء وبقائه، وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك، فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله، ومن قال لأمة قد استولدها بالنكاح إن اشترى بترك فانت حرة عن كفارة بمعنى فإنها تعتق لوجود الشرط، ولا يجزئه عن الكفارة لأن حريتها

(قوله) ووجهه أن الفعل (لغ) أقول: ولا يخفى أن ما ذكره اعتراف بالمغايرة (قوله لا يقال شراء القريب لغ) أقول: والظاهر أنه شراء القريب يثبت الملك في الزمان الأول زمين له في غاية، ولا منافاة كما في الأمراء أسيالة في السبل العلية، ولعل مراد الجارح أيضا ما ذكرنا لكن في صبرته نوع قصور (قوله) لا يلزم أن يكون محبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له. أقول: معنى يلزم أن يكون الشراء الذي هو

إن اشترى منك فأنت حرة عن كفارة بمعنى ثم اشتراها فلأنها تعتق لوجود الشرط ولا يميزه عن الكفارة لأن حرثها مستحقة بالاستيلاء فلا تنضاف إلى العيين من كل وجه ، بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشترى منك فأنت حرة عن كفارة بمعنى حيث يميزه عنها إذا اشتراها لأن حرثها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى العيين وقد قارنته النية (ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة

فأولدها بالنكاح ثم يقول لها (إن اشترى منك فأنت حرة عن كفارة بمعنى ثم اشتراها فلأنها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا يميزه عن الكفارة) وإنما صوّرت هكذا لأنه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد ، وإلا فالخاصل أن عتق أم الولد عن الكفارة لا يميز معلقا ولا منجزا ، والفرق بين الشراء مع أن الشراء في الفصيلين مسبق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاء أن أم الولد استحققت العتق بالاستيلاء حتى جعل لإعتاقا من وجه ، قال صلى الله عليه وسلم أعقتها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجزا لإعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه . والواجب بالحنث في العيين وغيره من الكفارات إعتاق من كل وجه ، بخلاف شراء القريب فإنه إعتاق من كل وجه لأنه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه (بخلاف ما لو قال لقنة إن اشترى منك فأنت حرة عن كفارة بمعنى حيث يميزه إذا اشتراها لأن حرثها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل إضافة العتق إلى الكفارة وقد قارنته النية) فكل الموجب (قوله ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة) اعلم أن التسري هنا تفعل من السرية وهو اتخاذها ، والسرية إن كانت من السرور فلأنها تسر بهد الجالة ويسر هو بها أو من السروا لسيادة فضم سينها على الأصل ، وإن كانت من السر بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فلأنها قد تحق عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات التسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة إلى الدهر وفي النسبة إلى السمل من الأرض سهل بالضم ، والفعل منه بحسب اعتبار مصدره ، فإن اعتبر التسري قيل تسري بزيادة الباء ألفا

مستحقة بالاستيلاء فلا تنضاف إلى العيين من كل وجه ، والزواج بالعين ما يستحق حرثه بها من كل وجه . وللقائل أن يقول : القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاء لما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب . والجواب أن الاستيلاء فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين : جهة الاستيلاء والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه ، بخلاف القرابة فلأنها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حرثه سوى الشراء ، فإذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه . وقوله (بخلاف ما إذا قال لقنة) ظاهر . قال (ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة) معنى تسريت اتخذت سرية ، وهي فعلية منسوبة إلى السر وهو الجماع أو الإختفاء لأن الإنسان يسره ، وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة إلى الدهر دهري بضم الدال للمعمر . والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده ، وإذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقية ، وإنما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح

محب الملك مزيلا لملك (قوله والواجب بالعين) أقول : يعني الكفارة (قوله وللقائل) إلى قوله : كما أن أم الولد الخ) أقول : المناسب لفرسه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى (قوله إن تسريت) أقول : أصله تسردت قلبت لاسحق الرامات ياء (قوله اتخذت سرية) أقول : السرية واحدة السراري (قوله كما قالوا في النسبة إلى الدهر دهري بضم الدال) أقول : وكما قالوا : في النسبة إلى الأرض السهلة سهل بالضم (قوله والتسري عبارة عن التحصين) أقول : والمنع عن الخروج .

ففسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن العيين انعدت في حقها لمصادفها الملك وهذا لأن الجارية منكورة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الافراد (وإن اشترى جارية ففسرها لم تعتق) خلافا لرفر فإنه يقول : التبرى لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقك فعبدى حر يصير الزوج مذكورا .

لتحركها وافتتاح ما قبلها ، وإن اعتبر التبرر قبل تسرر ، وكان القياس أن لا يقال (١) ألا تسرى في المصدرين لأنه اتخاذ السرية ، لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السرفاستعمل برأين بإبدال الياء راء ، وخصت لأنها هي الأصل ، ومنه ما ذكره ابن الأثير عن عائشة وسئل عن المتعة فقالت « لا تجب في كتاب الله تعالى إلا النكاح والاستسراء » والقياس الاستسراء بهجرة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد ألف ساكنة كهجرة كساء ، ومعنى التبرى عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدّها للجماع أفصى إليها بمائه أو عزل عنها . وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله تعالى أن لا يعزل مائه مع ذلك ، فعرفت أنه لو وطئ أمة ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والإعداد لا يكون تسرياً وإن لم يعزل عنها وإن عقلت منه . لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبر من السرور أو ما يرجع إلى الجماع أو غير ذلك لا يقتضى الإنزال فيها لأن الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه ، فأخذ في المفهوم واعتباره بلا دليل ، وكون العرف في التبرى تحصيناً لطلب الولد دائماً ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد ، فمن الناس من يقصد ذلك ، ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلده . إذا عرف هذا فاعلم أنه إذا حلف لا يسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حث ذكره القلوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله . ولو قال إن تسريت جارية فعبدى حر فاشترى جارية ففسرها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ، ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبداً ثم اشترى جارية ففسرها لا يعتق هذا العبد المستحدث . ولو قال إن تسريت جارية فهي حرّة ففسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت ، وهي مسئلة الكتاب وهي إجماعية . ولو اشترى جارية بعد الحلف ففسرها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ورحمهم الله . وقال زفر : تعتق لأن التبرى لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال : إن ملكت أمة ففسرتها فهي حرّة ، وصار كما لو قال لأجنبية إن طلقك فعبدى حر يصير الزوج مذكورا ، حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد

أو يملك الرقية ، فإذا قال إن تسريت جارية فهي حرّة (ففسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن العيين انعدت في حقها لمصادفها الملك) وكل ما انعقد في حقه العيين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء . وقوله (وهذا لأن الجارية) توضيح لانقاد العيين في حقها (وإن اشترى جارية ففسرها لم تعتق خلافا لرفر فإنه يقول : التبرى لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر الملك ، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقك فعبدى حر يصير الزوج مذكورا) فإن قيل : هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء . أجيب بأن إثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء ، والفرق بينهما أن الثابت دلالة ما يكون مفهوماً من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشم وسائر الأفعال المؤذية مفهوماً من النهى عن التأليف ، ولا كذلك المقتضى لأن المقتضى لا يفهم

(قوله أجيب بأن إثبات الملك هنا بدلالة اللفظ) أقول : أو الحلف .

(١) قوله (وكان القياس أن لا يقال البغ) هكذا في الأصل ، وهو صحيح وجيه ، ووقع في بعض النسخ : إصلاح سورته وكان القياس أن يقال الاستسراء البغ وليس يصحح فليحذر ، كنية مصححه .

ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزء وهو الحرية،

ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه . والثاني اطل بالإجماع . وهذا لأن التسرى ليس نفس الملك ولا سبه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق . فإن حقيقته ليس إلا إعداد أمة حصنها للجماع . فلما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والإعداد أو مقارنا ، وهذا القدر لا يستلزم إخطاره عند التكلم أصلا فضلا عن خطوره . ثم تقديره مرادا لأنه ليس لازما بينا لدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج . والوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها في الخارج ، بخلاف ما لو قال إن ملكك أمة فتسريها الخ فإنه صرح بجعل الشرط الملك ، وبخلاف ما قاس عليه من قوله لأجنبية إن طلقته فعبدي حر لأن عتق عبده قائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع إن تزوجتك ثم طلقته فعبدي حر . بل لاقتضاء الشرط الملك ، غير أن الشرط هناك إذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزء وهو عتق عبده ، أما هنا لو ثبت التسرى لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه إلى أمر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك أو سبه فلها ثبت الملك هنا ضرورة صحة التسرى به فقط لأن الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها ، ثم لا يثبت عند التسرى عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة . بالإعتاق المعلق قبل ملكها إلى كونه معلقا بالملك أو سبه ولم يوجد ، فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا ، وإنما وزانها لو قال لأجنبية إن طلقته واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ، ونحن نقول في هذه لا نطلق الآخرين الباقيين لو طلقها واحدة بعد أن تزوج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتعلق المعلق قبل الزوج كونه معلقا بالملك أو سبه ولم يوجد . نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وإن لم يكن مدلولاً التزمنا لتصحيح الجزء فيها إذا علم أن غرض التمين الحمل فإنه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزء كما قدر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حيا في قوله إن ولدت ولد فهو حر لتصحيح الجزء للعلم بأن غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها ، فقيا ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منع الشرط بمنع

من ذكر المقتضى . ثم إذا قيل فيها نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل ، فلما كان الملك مفهوما من التسرى بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء ، هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين . وفيه نظر لأن الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى بأمر جامع كالضرب الملحق بالتأليف بواسطة الأذى ، ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي إلى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعللة جامعة بينهما ، والملك من التسرى ليس كذلك . وأقول : هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة في فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا . أو نقول هذا الحكم إذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضا فكيفنا مثوبة الجدال معه (ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى) وتقديره : سلطنا أن ذكره ذكر الملك ، ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسرى لكونه شرطا ، وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (ولا يظهر في حق صحة الجزء وهو الحرية) لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء .

(قوله وأقول هذا اللفظ يستعمل في العرف (الخ) أقول : فعل هذا لا يهتكم جوابهم عن زفر حل ما قرره (قوله كان مناقضا (الخ) أقول : السائل يسأل من وجه صحة قول زفر بتال أنه من كبار أئمة الدين وسنن القرآن به يمنع من اعتقاد ارتكاب التناقض (قوله لأنها ليست من لوازم الملك (الخ) أقول : ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد الحق .

وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قال لما إن طلقك فأنت طالق ثلاثا فزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى حرّ تمتق أمهات أولاده ومديروه وعبيده) لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء، إذ الملك ثابت فيهم رقية ويذا

نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحیح وقوع الجزاء، وحلف التسرى من هذا القبيل. هذا وقد أورد على زفر أنه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله أعنت عبدك على بألف أنه يعتق عن المأمور فكيف يخالف هنا وحكم باعتباره وتقديره؟ وأجيب بأنه لا يلزمنا إصلاحه له فإن مناقضته لاتضرنا. ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسرى. واعترض بأن الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلّة حتى قيل هي قياس غير أنه لا يفتر إلى أهلية لأجهد في فهم حكم المسكوت. فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة في فكانت الدلالة بطريق العبارة. وقد نقلنا في تحرير الأصول عن فخر الإسلام تفسيراً للدلالة بمعنى دلالة الالتزام وإن لم ترضه. هذا والتحقق أن ليس هذا من المقتضى، لأن المقتضى ما يكون بُزُوتَه لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل «رفع الخطأ» أو شرعاً مثل أعنت عبدك على. وقول القائل إن تسريت لا يثبت كذبه فيحتاج في تصحيحه إلى التقدير إزالة للخطأ تصحيحاً لما لم يصح ظاهره، وهذا على وزان ما قلناه في إن أكلت بل الحق أنه في اللغة والعرف واحد وهو إعداد المملوكة الخ لا الإعداد الأعم منها ومن الزنى بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة (قوله ومن قال كل مملوك لى حرّ تمتق أمهات أولاده ومديروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء) أى إضافة الملك الكامل في هؤلاء إلى السيد ثابتة رقية ويذا فدخلوا فيعتقون. ويدخل الإمام والذكور، ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لأقضاء لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام، ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم إلا اللفظ فلا تعمل نيته، بخلاف الرجال لأن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعمم مملوك وهو للذكر، وإنما يقال للأثني مملوكة، ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة: يعنى إذا عم مملوك بإدخال كل ونحوه يشمل الإناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين، والواو في فعلوا على ما ذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة بخلاف الظاهر فلا يصدق قضاء،

وقوله (وفي مسألة الطلاق) جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية. وتقريره ما ذكرت من المسئلة المذكورة فالأمر فيه كذلك لأنه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق ولا يتعدى إلى صحة الجزاء (حتى لو قال لما إن طلقك فأنت طالق ثلاثا فزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا) من حيث أن في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى إلى صحة الجزاء، وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول إن تسريت جارية فعبدى حرّ فاشترى جارية فتسرى بها عنت العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصيح تعاقب عنته بشرط سيوجد (ومن قال كل مملوك لى حرّ عنت أمهات أولاده ومديروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء) يعنى أن كل واحد من هؤلاء في الإضافة إلى نفسه بقوله لى كامل (إذ الملك ثابت فيهم رقية ويذا) وإذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون، وإن قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة، أما تصديقه ديانة فلأن لفظ المماوك وضع للذكر، وأما عدم تصديقه قضاء فلأنهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفاً، ولو نوى الإناث لغت نيته، وإن قال لم أنو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق

(ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينوبهم) لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبه، بخلاف أم الولد والمديرية فاختلفت الإضافة فلا بد من الثنية (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين) لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحدا كما طالق وهذه (وكذا إذا قال لعبيده هذا حر" أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأوليين لما بينا .

ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ، ولو قال لم أنو المديرين ، في رواية يصدق ديانة لا قضاء ، وفي رواية لا يصدق لا ديانة ولا قضاء (قوله ولا يعتق مكاتبوه) يعني بقوله كل مملوك في حر وكذا معتنق البعض عند أبي حنيفة (لأن الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبه بخلاف أم الولد والمديرية فاختلفت إضافة الملك إليهم فلا بد من أن ينوبهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق في حر" أن يعتق المكاتبون لأن الرق فيهم كامل ، ولا تعتق أم الولد إلا بالثنية (قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأوليين لأن كلمة أو لأحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة) منها والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه ، وحكمه هنا الطلاق المنجز وإنما التوقف في التعيين (فصار كما إذا قال إحدا كما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده هذا حر" أو هذا وهذا عتق الأخير ، ويتخير في الأوليين لما بينا) ومثله لو قال لفلان على ألف أو لفلان وفلان كان نصف الألف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الأوليين . وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الأحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وسينفذ لا يلزم الطلاق في الثالثة لأن الترديد حينئذ بين الأولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان للثالث في الطلاق والعناق ، والله أعلم .

لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان (ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينوبهم لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء) الأمة (المكاتبه) فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمديرية فاختلفت الإضافة فلا بد من الثنية) وقوله (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه) على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (فيختص بمحله) أي بمحلي الحكم وهي المطلقة لأن الكلام سيق لإيقاع الطلاق . واعترض بأن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم ، والأصل عدم الحكم فبعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا ، فإنه إن كلم الأول حنث ، وإن كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما ، ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لأن الجميع بحرف الجميع كالجميع بلفظ الجميع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو خيرا في الطلاق والعناق ، إن شاء أوقع على الأولى، وإن شاء أوقع على الآخرين . وأجيب بأن هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سباعة عن محمد ، فأما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية . والفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعناق وبين قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم ، وهو مسئله للجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة ، إلا أن في الطلاق والعناق الموضع موضع الإثبات ، والنكرة في موضع الإثبات تخص فتتناول أحدهما . فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال إحدا كما طالق وهذه ، ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا ، أما في مسئله الجامع فالوضع موضع النفي وهي فيه

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعناق والضرب)

ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها .
والحاصل أن كل باب عقده فوقه أقل مما قبله وأكثر مما بعده .

واعلم أن الأصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد إلى الموكل
لا يبحث الخالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يبحث بفعله غيره لذلك ،
وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يزوج ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم ، وكذا الفعل الذي
يستتاب فيه ويحتاج الوكيل إلى النسبة إلى الموكل ، كما إذا حلف لا يخامس فلانا فإن الوكيل يقول أذعن لي موكل ،
وكذا الفعل الذي يقتصر أصل الفائدة فيه على عمله كضرب الولد فلا يبحث في شيء من هذه بفعل المأمور ، وكل
عقد لا ترجع حقوقه إلى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يبحث فيه بمباشرة المأمور كما يبحث بفعله بنفسه ،
وذلك إذا حلف لا يزوج فوكيل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أو لا هب أو لا يتصدق أو
لا يوصي أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يبيع أو لا يستعير ، وكذا
كل فعل ترجع مصلحته إلى الأمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فإنه يبحث بفعل المأمور ، ومنه قضاء

تم كقوله تعالى - ولا تطلع منهم آثما أو كفورا - فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا ، فلما ذكر الثالث
بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين ، ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا .

(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

يريد بغير ذلك الطلاق والعناق والضرب ، وهذه التصرفات في الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة إلى ما بعده
فلذلك قدمه . قال في النهاية : ثم الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا رحمهم الله فيما يبحث بفعل المأمور ، وفيما
لا يبحث شيئا : أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر ، فالخالف لا يبحث بمباشرة المأمور ،
وكل فعل ترجع الحقوق فيه إلى من وقع حكم الفعل له يبحث . والثاني أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره ،
فالخالف فيه لا يبحث بمباشرة المأمور ، وكل فعل لا يحتمل ذلك يبحث . قبل وكل ما يستغنى المأمور في مباشرة
عن إضافته إلى الأمر فالأمر لا يبحث بمباشرة المأمور ، وإن كان لا يستغنى عن هذه الإضافة يبحث . والفقه في
ذلك أن المقدم متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له فقصور الخالف من الحلف التوقي عن حكم العقد له
وعن حقوقه وكلاهما يرجعان إليه ، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقل لا إلى من وقع حكم العقد له فقصوره من
الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه فلا يبحث . ثم مما يبحث الخالف بمباشرة المأمور به النكاح
والصلح عن دم العمد والطلاق والعناق والهبة والصدقة والقرص والاستقراض وضرب العبد والذبح والإبداع
وقبول الوديعة والإعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء ، فإن الخالف كما يبحث فيها بفعل نفسه يبحث أيضا

(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

(ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لأن العقد وجد له من التعاقد حتى كانت الحقوق عليه ، ولهذا أو كان العاقد هو الخالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الأمر ، وإنما الثابت لمحكم العقد إلا أن ينوى ذلك لأن فيه تشديدا أو يكون الخالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) لأن الوكيل في هذا سفير ومعبّر ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الأمر ، وحقوق العقد ترجع إلى الأمر لا إليه (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) ويستشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى

الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار (قوله) ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد (لامن الخالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد إليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثلن والمخاصم بالعيب والعيّن المؤجرة والأجرة) ولهذا لو كان العاقد (بطريق الوكالة في هذه) هو الخالف (لا يبيع الخ) يحنث في يمينه (لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما ، وهذا قول الشافعي في الأظهر ، وعند مالك وأحمد يحنث لأن بالأمر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يخلق رأسه فأمر من حلقة له حنث . قلنا : لم يوجد الفعل منه لاحقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما (وإنما الثابت له حكم العقد) الذي هو الملك لا كل حكم وإن كان الحكم على الأعم ، بخلاف الحلق لأن اليمين لم تنعقد فيه على حلقة بنفسه لأنه غير معتاد ، وإنما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله . وقوله إلا أن ينوى ذلك استثناء من قوله لم يحنث : يعني فإذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الخالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فإنه يحنث وإن لم ينو لأن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ، ثم لو فعل الأمر بنفسه يحنث أيضا لانقاده على الأعم من فعله بنفسه أو مأموره ، ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة ، وكل فعل لا يعتاده الخالف كائنًا من كان كحلقة لا ينفى ولا يطعن العقد كذلك (قوله) ومن حلف لا يزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) يعني إذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد ، ووجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لأنه لم يفعل ، وإنما نسبته إلى الأمر مجاز ، ثم إنه يحنث عندكم بفعل نفسه كما يفعل المأمور ، وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه . قلنا : لما لم يملك إضاافته إلى نفسه بل لا يستني عن إضاافته إلى موكله كان ناقلا عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما إليه فيحنث به ؛ ألا ترى أنه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المقود عليه عدم لزوم أحكام هذه المقود نظرا إلى القرض وهو أعم مما يلزم بمباشرة أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وفي يمينه وبين الله تعالى يدين ، ولو خلعهما أو قال أنت طالق بائن حنث ، ولو آتى منها فضبت المدة حتى

بفعل المأمور . وأما مالا يحنث الخالف بمباشرة المأمور به فهو البيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال ، وكذلك التسمية ، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم . وإذا عرف هذا ظهر معنى كلامه إلا ألفاظا نفيه عليها . وقوله (إلا أن ينوى استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث : أي إلا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضا فحينئذ يحنث . وقوله (أو يكون الخالف ذا سلطان) يعني إذا باشره المأمور

(ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل ببحث في عيئه) لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعت راجعة إلى الأمر فيجعل هو مباشرا إذ لا حقوق له ترجع إلى المأمور (ولو قال عنيث أن لا أتولى ذلك بنفسى دين في القضاء) بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره . ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلماً بكلام يقضى إلى وقوع الطلاق عليها ، والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينظمهما ، فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لأقضاء ، أما الذبح والضرب ففعل حتى يعرف بأثره ، والنسبة إلى الأمر بالتسبب مجاز ، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

بأن حث عند أبي يوسف لأن الإيلاء طلاق مؤجل فعند مضى يقع مضافاً إلى الزوج ، وعند زفر لا يبحث لأن الطلاق إنما وقع حكماً دفعاً لفرضها فلا يكون شرط الحث موجوداً . ولو كان عنيثاً ففرق بينهما بعد المدة لم يبحث في قول زفر ، وعن أبي يوسف روايتان . ولو زوجه فضولى فأجاز بالقول حث ، وعن محمد لا بحث . وفي الإجازة بالفعل اختلاف المشايخ . قال شمس الأئمة : والأصح عندى لا يبحث لأن عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل الحيز بالفعل عاقداً له ، ولا فرق بين كون التوكيل بعد العيّن أو قبله . ولو وكل بالطلاق والعناق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يبحث لأن عبارة الوكيل هنا منقولة إليه (قوله ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل حث لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فلما ملكه إياه انتقل فعل الضرب إليه بواسطة الأمر به (ثم منفعت راجعة إلى الأمر) على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزاجه (فيجعل مباشراً إذ لا حقوق ترجع إلى المأمور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازاً عما لو حلف لا يضرب حراً فإنه لا يبحث بالأمر به لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره إلا أن يكون الحالف سلطاناً أو قاضياً لأنهما يمكن ضرب الأحرار حداً وتزييراً فلجبا الأمر به (ولو قال عنيث أن لا ألى ذلك بنفسى دين في القضاء ، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره . ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلماً بكلام) شرعى يوجب أثراً شرعياً في المحل وهو الفرق (والأمر بذلك مثل التكلم به) لأن المأمور به كالرسول به وبإسناد الرسول كلسان المرسل بالإجماع ، فإذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضى من حيث أنه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لا ترجع إليه وهى الحقوق ، وحقيقة المراد أن الطلاق وما معه لما كان لفظاً ثبتت عنده أثر شرعى فالخلف على تركه حلف على أن لا توجد الفرقه من جهته ، وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرة أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حتى) لا يتوقف تحقق أثره على الأمر لأن الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا إذن منه ، فنسبة الفعل إلى الأمر مجازية باعتبار تسببه فيه ، فإذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه ، بخلاف الكلام المجهول أسباباً شرعية لأثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به إلا بإذن عن ولاية ، فلما كان الإذن فيها أثر تقلها إلى الحالف ، قالوا : وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لأن حقيقة كلامه المباشرة فيها فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعى

حش لأن مقصوده من العيّن منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الأمر للغير ، فلما أمر غيره وفعل المأمور حش ؛ ومع ذلك لو فعله بنفسه حش أيضاً لوجود البيع منه حقيقة . وقوله (لأن المالك له ولاية ضرب عبده) يلوح إلى أنه لو أمر غيره بضرب حراً وقد حلف على ضربه ففرضه المأمور لا يبحث لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه . وقوله (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير . وحاصله أنه إذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة

(ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحث) في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأديب والتثقيف فلم ينسب فعله إلى الأمر ، بخلاف الأمر بضرب العبد لأن منفعة الاتجار بأمره عائدة إلى الأمر فيضاف الفعل إليه (ومن قال لغيره إن يعت لك هذا الثوب فأمراته طالق فسد المخلوف عليه ثوبه في ثياب الخالف فباعه ولم يعلم يحث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به ، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع يجري فيه النيابة ولم توجد ، بخلاف ما إذا قال إن يعت ثوبا لك حيث يحث إذا باع ثوبا مملوكا له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي الاختصاص به ، وذلك بأن يكون مملوكا له ، ونظيره الصياغة والحياطة وكل ما يجري فيه النيابة ، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفرق الحكم فيه في الوجهين .

والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر ، فإن كان الفعل يتحقق أثره بلا إذن والقول لا يتحقق أثره الشرعي إلا بإذن لا يجزم عنده بلزوم الفرق المذكور (قوله ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد) المضروب (وهي التأديب والتثقيف) أي التثبوت وترك الاحوجاج في الدين والبروعة والأخلاق (فلم ينسب فعل المأمور إلى الأمر) وإن كان يرجع إلى الأب أيضا ، لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل . وأما في عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر ، ويقول العاقل لو لده غدا أسقيك علفه ثم يدكر لو ضرب الولد أن يضربه فيبعد الأب نفسه قد حقق إبعاده ذلك ولم يكذب ، فقتضاه أن يتعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحث بفعل المأمور (قوله ومن قال إن يعت لك هذا الثوب فأمراته طالق الخ) لاشك أنه يصح يعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد ، أما على جعل الخطاب مشتركا له فيها فاللام للاختصاص ، وأما على

لاقتضاء لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تخفيف عليه . وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة ، وإن كان في ذلك تخفيف عليه لأن الكلام يصرف إلى حقيقته بغير نية . فإذا وجدت النية كان الصرف إليها أولى . وقوله (لأن) منفعة ضرب الولد عائدة إليه أي إلى الولد ، وذكر ضمير المنفعة نظرا إلى الخبر وهو التأديب والتثقيف . وقوله (ومن قال إن يعت لك هذا الثوب) على ما ذكره في الكتاب واضح . وحاصل ذلك أن لام الاختصاص إذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد ، فلما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول . وعلى التقديرين فلما أن يحتمل الفعل النيابة أولا ، فإن احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل ، وشرط حث وقوع الفعل لأجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أو لم تكن ، وذلك إنما يكون بالأمر ، وإن تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لأجله أو لم يقع ، وإن لم يحتملها لا يفرق الحكم في الوجهين : أي في التوسط والتأخر بل يحث إذا فعله سواء كان بأمره أو بغير أمره ، لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله إلى غير الفاعل فيكون الأمر وعلمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الإلغاء ، ومعنى دس أخفى ، والمراد بالغلام إما العبد على ما ذكره في الجامع الصغير لقاصي بخان وإما الولد .

(قوله وشرط حث الخ) أقول : واللفظ يضاف من هذا الكلام هو أن الخالف لو باع الثوب للملك المخلوف عليه مع علمه بأنه ملكه بغير أمره كان ينبغي أن لا يحث لثبوت لفظ (قوله والمراد بالغلام إما العبد ، إل قوله ، وإما الولد)

(ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فيقبل الجزاء

جعلها فيها للتعليل: أي بعته لأجله فهي أيضا تفيد الاختصاص على ما ذكرنا، لكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه إذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعث لك هذا كانت للتعليل. ووجه إفادتها الاختصاص هو أنها تضعيف متعاقها لمدخولها ومتعلها للفعل ومدخولها كاف الخطاب، فتفيد أن الخطاب مختص بالفعل. وكونه مختصا به يفيد أنه لا يستفاد إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره، وإذا باع بأمره كان بيعه إياه من أجله وهي لام التعليل فصار المحقود عليه أن لا يبيعه من أجله، فإذا دس الخطاب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لأن ذلك لا يتصور إلا بالعلم بأمره به، ويلزم من هذا كون هذا لا يكون إلا في الأفعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو إن صفت لك خاتما، وكذا إن خطت لك وإن بنيت لك بيتا، بخلاف ما إذا قال إن بعث ثوبا لك حيث يبحث إذا باع ثوبا بملوكا بالمخاطب سواء كان بإذنه أو بغير إذنه لأن المحلوف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل، والقرب من أسباب الترجيح فيوجب إضافتها الثوب إلى مدخولها على ماسبق، ومثله ما لو وليت فعلا لا يجري فيه النيابة مثل الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة، فلو قال إن أكلت لك طعاما أو طعمنا لك أو شربت لك شرابا أو شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دارا لك فإنه يبحث بدخول دار يختص بها الخطاب: أي تنسب إليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما. ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لأن ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالإجارة، قال تعالى - وبشروه بغلام عليم - وقال قاضيهان: المراد به العبد للعرف، ولأن الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب بملكه فانهضف اللام إلى ما يملك لا إلى ما لا يملك (قوله ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع) (القرض أن الملك فيه قائم) لأن خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع (فيقبل الجزاء)

كما ذكره في الفوائد الظهيرية، وهذا هو الصواب لأن ضرب العبد يحتمل النيابة، ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث لأن المنفعة تعود إليه، وقد ذكره المصنف قبيل هذا، ومن الشارحين من وجه الأول، بأن المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها التوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كأكل والشرب، وأجاب عن المسئلة المذكورة بأن جمدا لم يدكرها، وهو مخالف لما ذكره المصنف ونحطة له فإنه ذكر أنه لا يحق له ترجع إلى المأمور، ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة. قال (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق (فيقبل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافيا لوقوع ماعلق به. لكان النكاح كذلك، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك: وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافي، وجواز النكاح مع المنافي، لأنه رفق والإنسانية تنافيه، فإذا كان النكاح

أقول: والغلام يطلق على الولد أيضا قال الله تعالى - إذا تيسر بك غلام - يعني: (قوله قبل لو كان البيع إلى آخر قوله. وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافي) أقول: وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا. فإن قيل: هذا البيع لم يقدح به ذلك اعتبر لثبوت الجزاء، والنكاح الفاسد لم يقدح به حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يبحث به إذا علق به العتق، قيل جواز البيع بالخيار المالية، وليس للمالية معنى فهو من قبول حكم الإيجاب والقبول وجواز النكاح بالخيار الإنسانية؛ ألا يرى أنه يخص بين آدم وفيها ما يميز من قبول حكم الإيجاب والقبول لأنها تقتضي الحرية والتكليف ولا يبحث إلا إذا كان صحيحا، كلما في الفوائد الظهيرية.

(وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه ، وهذا على أصلهما ظاهر ، وكذا على أصله لأن هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمشجز ، ولو نجح العتق يثبت الملك سابقا عليه فكلما هذا

لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا ، فإن كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لأنه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه إلى المشتري ، قيل وهذه تدل على أن المعلوم مع العلة في الخارج وعقيب الشرط ، فإن البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلوم وهو الملك أسرع ثبوتا من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق . ويمكن أن يقال : بل إنما قارن الإعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لأنه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره ، وهذا على أن المعلوم عقيب العلة كما هو رأى المصنف ، ففرق بينهما وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لأنه لو قال إن بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيما باتا لا يعتق (قوله وكذلك إن قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار) يعني للمشتري (يعتق أيضا) أما إذا اشتراه شراء فاسدا باتا فإن كان في يده مضمونا بأن كان غصبه عتق لأنه صار معتقا ملك نفسه ، ولو كان شراء صحيحا باتا عتق بطريق الأولى لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه ، أما على قولهما فظاهر ، وأما على قول أبي حنيفة فلا لأن العتق الواقع في هذا العبد يسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمشجز عنده ، وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل إسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضاليا فكلما هذا . وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح القاسد على قول أبي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما إذا قال إن تزوجت فبعدي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع أن كلا منهما لا يفيد الملك . وأجيب بأن البيع

فاسدا اعتقده فسادا بما يخالف الدليل فترجح جانب عدم فساد كأن لم يكن ، بخلاف البيع لأنه موافق للدليل فكان موجودا بالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يقد الحكم ، ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه ، وهذا على أصلهما ظاهر لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما ، وكذا على أصله لأن هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمشجز ، ولو نجح العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكل ذلك إذا علق . ورد بأن في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلا لعدم إحتماله التأخير ، وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال . وأجيب بأن العتق يخاطب في تعجيله وهو ممكن بإيقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر إلى مضي مدة الخيار ، وطولب ههنا فرقان : فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فإنه قد اشتراه ولم يعتق عليه . وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما إذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فإنه لا يعتق عليه ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله . وفرق بين الأوليين بأن الخيار إذا كان للمشتري يتمكن من إسقاطه ، ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من إسقاطه وبين الثانيين بأن شراء القريب لا يوجد فيه كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقطه ، وأما في الإيجاب المعلق فإنه يصير قائلاً عند وجود الشرط أنت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ، ووضع المسئلة في البيع بشرط اختيار يفيد أن البيع إذا كان باتا لا يعتق وإن وجد البيع بناء على أن العلة مع المعلوم في الوجود الخارجى ، فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والخزاء لا ينزل في غير الملك ، بخلاف ما فيه الشرط فلهما

(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أوهده الأمة فأمرته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته) لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لقوات عملية البيع (وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفتها في القضاء)

وإن لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الإيجاب والتبطل في محله فكان وجوده وجود الشرط ، بخلاف النكاح فإنه إذا صح كان على خلاف الدليل إذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف إذا كان الملك فاسدا فلا يحكم بأنه الشرط إلا إذا صح . ويمكن أن يقال : لا ورود لهذا السؤال فإن هذا البيع وإن كان بشرط الخيار للمشتري فإنه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتره فإنه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لأنه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح . وأورد منع كون المعلق كالتنجز لأن المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه بفار ، والمعلق لا يلزم إلغاؤه لأن الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل إذ ذاك ولا ينافي . وأجيب لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحاط في إثباته وجب اعتباره إذ ذلك وإلا جاز أن ينسخ قبل المدة فلا يعتق ، بخلاف ما إذا اشترى أباه بشرط الخيار لا يعتق إلا أن غشى المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فإنه لم يوجد منه تكلم بالإعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يستطع خياره ، وإنما يعتق على القريب بحكم الملك وإلاما للمشتري بالخيار ، والشارع إنما علق عتقه في قوله « من ملك ذا رحم » بالملك بالشراء ، أما هنا فالإيجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حر فينسخ الخيار ضرورة (قوله ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فأمرته طالق فأعتق أو دبر) تديرا مطاوعا (طالقت لأن الشرط) وهو عدم بيعه (قد تحقق) بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير ، فصار كما لو علق طلاقها بعدمه بافظل إن مات أو مات العبد فلما تعلق لوقوع اليأس . وأورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطاوعا بل في العبد . أما في الأمة فجاز أن ترد بعد العتق نفسه فيملكها هذا الخالف فيعتقها . وفي التدبير مطلقا لجواز أن يقضى القاضي ببيع المدير . وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال . والصحيح أنها تطلق لأن ما فرض من الأمور الموهومة الوقوع فلا يعتبر . ولأن الخلف على بيع هذا الملك لأكمل ملك . وأجيب أيضا عن المدير بأن بيعه بيع فن لا تقبض التدبير بالقضاء فيعتق ، ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما ، ويجري فيه اختلاف المشايخ والتصحيح (قوله وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفتها في القضاء) وإن قال نويت

يتعاقبان فيه (ومن قال إن لم أبع هذا العبد أوهده الأمة فأمرته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لقوات عملية البيع) وهذا في إعتاق العبد ظاهر ، وأما في التدبير والأمة فلا بد من بيان لأن المدير يجوز بيعه إذا قضى القاضي بجواز بيعه ، والأمة يجوز أن ترد فتسبي بعد الحاق بدار الحرب ، وذلك أن الكلام في المدير مادام مدبرا ، وإذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع الحق لا بيع المدير ، وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير ، وهذا كما ترى غير محصل لأنه يفيد أن قوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا نفوت المحلية فكان الواجب أن لا يقع الطلاق ، والأولى في البيان أن يقال بيع المدير لا يجوز ، فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه ، فإن أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ، ومع ذلك فالأصل عدم ما يحدث فكان حذم قوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا ، وأما الأمة فإن من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال ، والصحيح أنها تطلق لأنه إنما عقد بعينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير . وقوله (ولو قالت المرأة لزوجها) ظاهر .

(قوله وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير) أقول : فيه بحث ، فإن الملك كامل في المدير كسائر في الباب السابق ، والأظهر أن يقول ولا يمكن البيع بعد الإعتاق والتدبير .

وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لأنه أخرجه جوابا فينطبق عليه . ولأن غرضه إرضائها وهو بطلاق غريها فينتقيد به . وجه الظاهر عموم الكلام . وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ، وقد يكون غرضه إباحاشا حين اعترضت عليه فيها أحله الشرع ومع الرد لا يصلح مقيدا ، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لأقضاء لأنه تخصيص العام .

غيرها صدق فيها بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء ، وهذه مسألة الجامع الصغير ولم يملك خلافا . وذكروا عن أبي يوسف في شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق ، واختاره خمس الأئمة وكثير من المشايخ لأن الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة في غيرك طالق دلالة (ولأن غرضه إرضائها) لا إباحاشا . وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن ، لأنه إن كان فهو غرض إرضائها . وإجاز كون غرضه إباحاشا لا اعتراضا عليه فيها أحل الله له فكان محتملا لكل من الأمرين ، فالحكم بمعين تحكيم ، ولأنه زاد على قدر الجواب إذ يكفيه أن يقول إن كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا تحرزا عن الإلغاء ، والله أعلم .

[فروع] قال : لي إليك حاجة أتقضيها لي ؟ فقال نعم ، وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق ، فقال : حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثا ، له أن لا يصدق له لأنه منهم . ولو حلف ليطيعته في كل ما يأمر به وينها عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجماعها الحالف لا يباحث إلا إذا كان ما يدل على قصده إلى ذلك عند تخليفه على الطاعة لأن الناس لا يربطون به انتهى عن جماع المرأة عادة كما لا يربطون به انتهى عن الأكل والشرب . حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف إليه يباحث به ، حتى لو وقع عليها طلاق بمضى مدة الإيلاء يباحث لا بما لا يضاف إليه فلا يباحث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا بإجازة خلخ الفصول بالفعل . ويبحث لو أنجاه بالقول . قال امرأته طالق ثلاثا إن دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حر إن كان رأياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأياني دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الأولين رأياه دخل . ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ما هي امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتى فطلقتها قال لا يباحث . حلف ماله عليه شيء فشهدا أن له عليه ألفا وقضى بها القاضي يباحث في قول أبي يوسف خلافا لمحمد . حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبي يوسف خلافا له ، بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسئلة بإحدا لا يباحث في قولهما . حلف بطلاق ولا يدرى حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه للتحري ، فإن استوى ظنه يأخذ بالأكثر احتياطا . قال : عمة طالق الساعة أو زيتب إن دخلت الدار لم يقع الطلاق على إحداها حتى تدخل الدار . فإذا دخلت إحداها خير في إيقاعه على أيها شاء . ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها أنها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فلزوج أن

وقوله ' (لأنه زاد على حرف الجواب) أي أصله ، لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال إن فعلت فهي طالق : فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدئا . وقوله (وقد يكون غرضه إباحاشا) جواب عن قوله بأن الغرض إرضائها

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

(ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشى إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما) وفي القياس لا يلزمه شيء لأنه لا يزم ما ليس بقرينة واجبة ولا مقصودة في الأصل .
مأثور عن علي رضي الله عنه . وإن الناس تمارفوا بإيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال على زيارة

لا يصدقها لأنها صارت متناقضة . حلف إن لم يجمع امرأته ألف مرة فهي طالق ، قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير . حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يحث في قول محمد والأصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وما يستبرأه وقت التكلم ، والله أعلم .

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

قدمها بعد ما تقدم لأنها عبادات فتخرج في نفسها ، فيقتضى ذلك أن تقدم ، إلا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المتتالية لأهمية التقديم (قوله ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشى إلى بيت الله أو إلى الكعبة) وكذا على المشى إلى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما)

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لأن في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها ، وإنما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك . ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه : في وجه يلزمه إما حجة أو عمرة في قولهم جميعا ، وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك ، وفي وجه اختلفوا فيه . أما الوجه الأول فبما إذا قال على المشى إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة . وفي رواية النوادر أو إلى بكة سواء كان في الكعبة أو في مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشيا ، فإن لم يكن بمكة فظاهر . وإن كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا ، فإن ركب لزمه شاة ، وإن اختار العمرة خرج إلى التمتع ويحرم بالعمرة ، ولم يذكر محمد أنه يخرج إلى التمتع ماشيا أو راكبا . وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التمتع لأن الرواح إليه ليس بمشي إلى بيت الله وإنما المشى إليه وقت الوجوع . وقال بعضهم : يمشي وقت الرواح أيضا لأن الرواح إليه للإحرام فكان مشيا إلى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شيء (لأنه لا يزم ما ليس بقرينة واجبة) لأن المشى أمر مباح (ولا مقصودة) في الأصل بمعنى لذاته لأن المقصود منه شيء آخر لانفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالآثر والعرف . أما الأثر فاقال محمد في الأصل : بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال : من جعل على نفسه الحج ماشيا حج راكبا وذبح شاة لركوبه . كذا في بعض الشروح ، وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه . وقال آخرون :

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

(قال المصنف : وفي القياس لا يلزمه ، في قوله في الأصل) أقول : فإن قيل يشكل هذا بالاحتكاك ، فقد صح التلبس به وإن لم يكن

البيت ماشيا فيلزمه ماشيا ، وإن شاء ركب وأراق دما ، وقد ذكرناه في المناسك (ولو قال على الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه) لأن التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد في قوله على المشي إلى الحرم حجة أو عمرة) (ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف. لهما أن الحرم شامل على البيت ، وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره ، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه . وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا

والتقييد بكونه في الكعبة المذكور في الجامع الصغير ليفيد أن وجوب أحد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ وإلا لغا لأنه لا يلتزم المشي إلا ليصل إليه ، فإذا كان فيه استحالة التسبب لحصوله . والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ ، لأن الواقع أن مدلول المشي ليس هو الحج أو العمرة ، بل ولا يستلزمه لجواز أن

روى عن علي رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسئلة بأن عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق . وقد روى شيخنا في شرحه «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تحزم بحجة أو عمرة . وأما العرف فما ذكره في الكتاب أن الناس تعارفوا لإيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا ، وإن ركب وأراق دما فله ذلك على ما ذكره في المناسك . وإيجاب الحج أو العمرة بهذا التلوي بطريق الحجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب ، ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها . فإذن قيل : فإذا كان هذا اللفظ استعارة لاتزام الحج كان اللفظ غير منظور إليه ، كما لو نذر أن يضرب بشيء حطيم الكعبة. فحينئذ ينبغي أن لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه ، وإنما يجب إهداء الثوب إلى مكة لكون اللفظ عبارة عنه . أوجب بأن للحج ماشيا فضيلة ليست له رابعا ، قال صلى الله عليه وسلم « من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل : وما حسنات الحرم ؟ قال : واحدة بسبعمائة » فاعتبر لفظه لإيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة ، ومعناه في إيجاب الحج أو العمرة لإجماعهم على ذلك المتعارف ، وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والحجاز . والأولى أن يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشيا لأن الحقيقة مرادة بلفظه وحجازه بمعناه . وأما الوجه الثاني فمما إذا قال على الخروج أو الذهاب أو السعي أو السفر أو الركوب أو الإتيان إلى بيت الله أو المشي إلى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الأثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس . وأما الوجه الثالث فمما إذا قال على المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام ، قال أبو حنيفة رضي الله عنه : لا شيء عليه ، كما لو قال على المشي إلى الصفا والمروة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لزومه حجة أو عمرة لأن الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره ، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه . وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازا (ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا)

واجب من جنبه قصدنا : قلنا : الاحتكاك لا يصح إلا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصودة . فإن قيل : الاحتكاك يصح في الليل وإن كان الصوم لا يصح فيه . قلنا : حصة الاحتكاك في الليل تبع لصحة الإحتكاك في اليوم ، وهذا لو نذر الاحتكاك في الليل منفردا عن اليوم لا يصح ، وفي فصل القضاء بالمراد من شروح الهداية كلام متعلق بالاحتكاك فراجع (قوله وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والحجاز) أقول : والذي يعلم من كلام الكافي أن اللفظ كتابة لا يجاز فلا يلزم الجمع بينهما .

يمشي إلى البيت ولا يفعل نسكا ، إما ابتلاء معصية ، وإما بأن يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غير ، فإذا وصل إليه صار حكمه حكم أهله ، وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا إحرام ، وهذا لأن من الحائز أن يكون في البيت ويوجب المشي إليه مرة أخرى فيلزمه إذا خرج أن يعود ، كما لو كان في بيت فقال والله لأدخل هذا البيت فإن عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ، ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار أنه سبب الإحرام صونا له عن اللغو لأنه ليس لازما له لجواز أن يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ، ولا بالنظر إلى الغالب وهو أن الذهاب إلى هناك يكون لقصد الإحرام لما عرف من إلغاء الألقاظ وهي ما إذا نلز الذهاب إلى مكة كأن قال على الذهاب أو الله على الذهاب إلى مكة أو السفر إليها أو الركوب إليها أو المسير أو المشي أنه لا يلزمه شيء مع إمكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو ، بل لأنه تعرف لإيجاب أحد التسيكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية ، مثل ما لو قال على حجة أو عمره ، وإلا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب بهذا شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشي ولا مقصودة في الأصل . ولو قيل بل هي واجبة فإن المكى إذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا . أجيب بأن الشرط لزوم التلر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه التلر بالوضوء لكل صلاة والمشى المذكور ، وكلنا السعى إلى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركزا ويقدر على المشي ، إلا أنه قد يعكر عليه الطواف فإنه واجب مقصود لنفسه لا لغيره إلا أن يراد من جنس المشي إلى مكة . وأورد أن الاعتكاف يلزم بالتلر وليس من جنسه واجب . أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب ، وتوجيهه أن إيجاب المشروط لإيجاب الشرط . ولا غناء في بعده فإن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالتلر ، والكلام الآن في صحة وجوب المشي وكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط ، وإن استدل بالإجماع أو النص المتقدم في حديث نذر عمر رضي الله عنه الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لأنهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر . ثم قد يقال بتحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالتلر يوجب إهدار اشتراط وجود واجب من جنسه ، وإذا تعارفوه للإيجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشيا فإنه موجب لذلك ، ولو أراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء ، وكذا لا يلزمه بقوله على المشي إلى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء . وأورد أنه إذا كان كقوله على حجة أو عمره ينبغي أن لا يلزمه المشي لأنه لو قال على الحج لا يلزمه ، وإلخواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمره ماشيا لأن المشي لم يهدر اعتباره شرعا ، فإنه روى عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن أخت عتبة ابن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هديا » رواه أبو داود وغيره وسنده حجة ، وما في صحيح مسلم أنه قال « تمشي ولتركب » فحملوا إما على ذكر بعض المروى ، وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج : يعني أن على الإشكال جواز ركوبها ولو أهدت ، كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرق ويتصدق ، بل لو فرق لزم استثناءه فاقصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك ، وعرف لزوم القدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد ، فإن في بعض طرقه وإنها لا تنطبق ذلك ، ثم يعرف لزوم القدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقبته هناك ذبلا طويلا وفروعا جمعا ، وأن الرابع أن يلزمه المشي من بيته

(ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، وقال حجبت وشهد شاهدان أنه ضحي العام بالكوفة لم يعتق عبده ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

لأن حيث يحرم فيه من الميقات : يعني فاختلاف فيما إذا لم يحرم منه وهل يلزمه المشي منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات ، أما لو أحرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق .

وأعلم أن في بعض طرق حديث أخت عقبة قال « ولتهد بدنة » لكنهم عملوا بإطلاق الهدى في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين . وأخرج الحاكم في المستدرک من حديث عمران بن الحصين قال « ماخطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة ، وقال : إن من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشيا . فنذر أن يحج ماشيا فليهد هديا ويركب » وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، لكن حمل المطلق على المقيد إذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ، ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن علي رضي الله عنه والروى عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي في الرجل يخلف على المشي قال : يمشي ، فإن عجز ركب وأهدى بدنة . ورواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر أن يمشي إلى البيت قال : يمشي ، فإذا أصاب ركب وأهدى جزورا . وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقاتدة والحسن . وأما ورود البدنة في خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى في مسنده : حدثنا زهير ، حدثنا أحمد ابن عبد الوارث ، حدثنا همام ، حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية ، فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عنها فقال : إن الله عز وجل غيى عن نذر أختك ، لتركب ولتهد بدنة » وأما إذا كان التأخر بمكة وأراد أن يجعل الأحد الذي لزمه حجا فإنه يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره ، وإن أراد إسقاطه بعمره فعليه أن يخرج إلى الحل فيحرم منه . وإنما اختلفوا في أنه يلزمه المشي في ذهابه إلى الحل أو لا يلزمه إلا بعد رجوعه منه محروما . والوجه يقتضي أنه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من أنه يلزمه المشي من بلدته مع أنه ليس محروما منها بل هو ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه : أعنى الواقية في الأصح لما قدمنا عن أبي حنيفة : لو أن بغداديا قال إن كلمت فلانا فعلى أن أحج ماشيا فلقية بالكوفة فكلمه فعليه أن يمضي من بغداد . ولو قال علي السفر إلى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شيء مع إخوانه ، ومثله الشد والهرولة والسبي إلى مكة ، وكذا علي المشي إلى أستان الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو أسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو إلى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء . واختلفوا فيما إذا قال الله علي المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شيء ، وقال أصحابه : يلزمه أحد التمسكين . والوجه في ذلك أن يحمل على أنه تعورف بعد أبي حنيفة بإيجاب التمسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشي إلى الكعبة ويرتفع الخلاف ، وإلا فالوجه الذي ذكرهما متضائل ١ وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذلك المشتمل ذكر المشتمل فالتعورف بهما هو الكعبة ، ولو صرح بقوله الله علي المشي إلى الكعبة لزمه ، فكذلك ذكر المشتمل لأن إيجاب اللفظ لتعارف عينه فيه ، وليس عين المشي إلى الحرم عينه وهو وجه أبي حنيفة (قوله ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام فقال بعد انقضائه حجبت وأقام العيد شاهدين على أنه ضحي العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وأبي يوسف)

(ومن قال عبدي حر - إن لم أحج العام) ظاهر .

(١) (متضائل) أي متضارب ، من الضلالة وهي التحالة ، وفي بعض النسخ (ليس بقوى متضائل) ولعلهما نسيختان جمع التاميم بينهما موصوف .

وقال محمد : يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية . ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط .
ولهذا أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه
لم يحج العام . غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

ولم يذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة في الجامع الصغير ، قاله صاحب الاختلاف ، وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث
في شرح الجامع الصغير (وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية) وكيف لا يقبل
(ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهذا أنها قامت على النفي) معنى (لأن المقصود
منها نفي الحج لا إثبات التضحية) فإن الشهادة على التضحية غير مقبولة لأن المدعى وهو العبد لاحق له فيها يطالبه
لأن العتق لم يعلم بها ، ومالا مطالب له لا يدخل تحت القضاء ، وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل
على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة . فإن قيل : لا نسلم أنها مطلقا باطلة بل النفي إذا كان ما يعلم ومحيط
به الشاهد صحت الشهادة عليه ، فإنه ذكر في السير الكبير : شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى
والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت أمر أنه لإحاطة علم الشاهده . أجاب المصنف بقوله (غاية الأمر
أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي) في عدم القبول ، بأن يقال النفي إذا كان كذا صحت الشهادة به
وإن كان كذا لا تصح (تيسيرا) ودفعنا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي . وأما مسألة السير فالقول باعتبار أنها
شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الإرث إذا قالوا تشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثا غيره
حيث يعطى له كل التركة لأنها شهادة على الإرث والنفي في ضمنه والإرث مما يدخل تحت القضاء ، فأما التحويلان
كان وجوديا ونفي الحلي في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعلمها في حقه فبقي النفي
هو المقصود بها ، وأما ما في الميسر من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبد إن لم تدخل الدار
اليوم فأنت حرق فهذا أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بقتله وما نحن فيه من قبيل الشروط . فأجيب عنه بأنها قامت بأمر
ثابت مجابن وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمننا ولا يخفى أنه يرد عليه أن العبد كما لاحق له في التضحية إذ لم تكن

وقوله (لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا) نوقض بمسئلة السير الكبير : رجلان شهدا على رجل أنا سمعنا يقول
المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه أمراته ، والرجل يقول وصلت بقول قول النصارى جازت هذه
الشهادة ، وإن قامت على النفي لأنها قامت على نفي شيء أحاط به علم الشاهد . وأجيب الإمام قاضيه بأن هذه
الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج حقيب قوله المسيح ابن الله ، ولكن قال الإمامان العلمان
في التحقيق شمس الأئمة وفهر الإسلام : إذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لأن قولهما هذا
بيان منهما لإحاطة علمهما بذلك ، فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ، ولكنه ليس مختارا للمصنف لإفضائه إلى الحرج .

(قوله جازت هذه الشهادة وإن قامت على النفي الخ) أقول : في الكافي : فإن قيل ذكر في الميسر أن الشهادة على النفي تسع في الشروط
ولهذا لو قال لعبد إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حرق فهذا أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادة تقضى بقتله ، وما نحن بصدده من قبيل
الشروط . قلنا هو عبارة عن أمر ثابت مسلم وهو كونه خارج الدار له . وهو مخالف لما قسم من أن التحويل وإن كان ثبوتيا لكنه لا يدخل
تحت القضاء ولم يكن معتبرا في النفي مقصودا كما لا يخفى ، فإن كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضا (قوله وأجيب الإمام قاضيه الخ)
أقول : إن كان قوله لأنها قامت على نفي شيء الخ مذكورا في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيه (قوله وهو سكوت الزوج) أقول :
إن كون السكوت وجوديا بحث ، قال في شرح العقائد : السكوت هو ترك التكلم .

(ومن حاف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حث) لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يباحث)

هى شرط العتق فلم تصح الشهادة بها ، كذلك لاحق له فى الخروج لأنه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج فى مسئلتنا ، فلما كان المشهود به مما هو وجودى متضمن للمدعى به من النى المحيول شرطا قبلت الشهادة عليه وإن كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به ، كذلك يجب قبول شهادة التضمية المتضمنة للنى المدعى به بقول محمد أوجه قوله ومن حاف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حث لوجود الشرط (وهو الصوم الشرعى إذ هو الإمساك على المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته ، وما زاد على أذى إمساك وقتته تكرار للشرط ، ولأن بمجرد الشروع فى الفعل إذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ، ولذا أنزل لإبراهيم صلى الله عليه وسلم ذابحاً حث أمر السكين فى فعل الذبح فقبل له - قد صدقت الرواية - بخلاف ما إذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة ، فلما قال فيمن حاف لا يصلى أنه إذا قام وقرأ وركع وسجد حث إذا قطع ، فلو قطع بعد الركوع لا يباحث لأنه لم يدخل فى الوجود تمام حقيقته (قوله ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما لم يباحث بصوم ساعة) بل بإتمام اليوم ، أما فى يوما فظاهر ، وكذا فى صوما لأنه مطلق فيصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا : لو قال لله حث صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع ، وكذا إذا قال حث صلاة يجب ركعتان عندنا لا يقال : المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبى أن لا يباحث فى الأول إلا بيوم . لانا نقول : الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لا يظهر أثره فى غير تحقيق الفعل ، بخلاف الصريح فإنه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال . وقد أورد عليه ما لو قال لأصوم هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال ، أو قال لأمرأته إن لم تصل اليوم فأنت طالق فصاحمت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت فى الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال . وأجيب بأن اليمين تعتمد التصور ، والصوم بعد الزوال والأكل متصور كما فى صورة الناسى ، وكذا الصلاة من الخائض لأن درور الدم لا يمنع كما فى المستحاضة إلا أنها لم تشرع مع درور هوحيض ففات شرط أدائه ، بخلاف مشكلة الكوز لأن عمل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه ، وهاتان المسئلتان إنما تصاحبان مبتدأتين لا موردتين لأن كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ، ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لأنه مقيد معرف والمطلقات هى التكرات وهى أسماء الاختصاص وإلا فزيد وعمر مطلق ولا يقول به أحد . والمسئلتان مشكلتان على قول أبى حنيفة ومحمد لأن التصور شرعا متلف ، وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد ، فإنه حيث كان فى صورة الحاف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لأنه لم يخلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيين ، أما على قول أبى يوسف فظاهر أنهما تنقضان ثم يباحث . واعلم أن الترتاضى ذكر أنه لو حاف لا يصوم فهو على الجائز لأنه لتعظيم الله تعالى ، وذلك لا يحصل بالقاسد إلا إذا كانت اليمين فى الماضى ، وظاهره يشكل على مشكلة الكتاب فإنه

قوله (ومن حلف لا يصوم) ظاهر.

(قال المصنف : إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول : إن قلت المصدر مذكور هنا أيضا . قلت : بل لكن لغة لا فرما ، وهذا ذكر المصدر صريحا فيصرف إلى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا .

لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهاه إلى آخر اليوم . واليوم صريح في تقدير المدة به (ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حث) والقياس أن يحث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم . وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة ، بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني

حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسألة الكتاب أصح لأنها نص محمد في الجامع الصغير (قوله ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم قطع لم يحث والقياس) يعني على الصوم (أن يحث بالافتتاح وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لاتسمى صلاة) يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنفي بانتهاء الجزء (بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك . ويتكرر بالجزء الثاني) ولما قال الفقيه أبو الليث : لا فرق بينهما في الحاصل لأن ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كالصلاة ركعة ، يعني لأنه يجتمع فيها تمام الحقيقة ، ثم قال المصنف (وإن سجد مع ذلك) يعني الركوع وما قبله (ثم قطع حث) ويشكل عليه ما ذكره التفتاوى : حلف لا يصلي يقع على الجائز كما يتقدم فلا يحث بالفساد إلا إذا كان الميم في الماضي : أي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة ، اللهم إلا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما في الخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلي صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلا لا يحث استحسانا ، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكمال وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض . قال : ولو نوى الفاسدة صدق ذبانه وقضاء لأن القاسد صلاة صورة ، وإطلاق الاسم على صورته مجاز جائز فقد نوى ما يحتمل لفظه وفيه تغليب على نفسه ، ومع هذا يحث بالصحة أيضا ، وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وإنما طريقه أن في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحث فلا يمنع الحث ، ولو كان : عقد يمينه على الماضي بأن قال إن كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا أصل ولا أصل صلاة حيث يحث بركة فقال : وفي صورة حذف المفعول المنى فعل الصلاة لا كون المفعول صلاة ، وذلك يحصل بالركعة ، إلا أنه إذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحت ، والانتقاض إنما يظهر في حكم يقبل الانتقاض ، والحث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من الفاسدة هي التي لم يوصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح ، وعليه يحمل ما أوردناه في الصوم ويرتفع الإشكال هناك أيضا . وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة

وقوله (لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا) أورد عليه ما لو قال والله لأصومن هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق ، والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فإن الصوم الشرعي بعد الأكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور . والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون الميم بعد الأكل أو بعد الزوال فانصرف إلى الصوم الفلاني وانعقدت يمينه عليه ، بخلاف ما نحن فيه فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف إليه . وقوله (ولو حلف لا يصلي) ظاهر .

(قوله أورد عليه ما لو قال والله لأصومن الخ) أقول : هذا الإيراد غير متوجه على هذا القول ، بل مورده قوله . واليوم صريح في تقدير المدة به
إلا أن يقال : المراد قوله لأنه يراد به الصوم المعتبر شرعا إلى آخر الكلام فليتل

(و لو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث مالم يصل ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتراء.

فيجب أن لا يحنث بها . وأجيب بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة ، وهذا أولا مبنى على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ . والحق أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك . وموت المسئلة في مجرد السهو . والأوجه أن لا يتوقف لحاق حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض . ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن . والحق أن الأركان الحقيقية هي الخمسة ، والقعدة ركن زائد على ما تحرر ، وإنما وجبت للخنث فلا تعتبر ركنا في حق الحنث (قوله ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث مالم يصل ركعتين لأنه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا) على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوما (وأقل المعتبر شرعا صلاة ركعتين للنهي عن البتراء) نهي يمنع الصحة لو فعلت . ومن فروع هذه المسئلة ما في اللخيرة : قال لمبده إن صليت ركعة فأنت حر فصلي ركعة ثم تكلم لا يحنث . ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الأولى لأنه في الصورة الأولى ما صلى ركعة لأنها بتراء بخلاف الثانية . وهذه المسئلة المذكورة في نواذر ابن سباعة عن أبي يوسف ، فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور في الجامع قول محمد : يعني وحده وهو غير لازم ، فإن المذكور عن أبي يوسف : حلف لا يصلي ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق إلا بضم أخرى إليها . والمذكور في الجامع : حلف لا يصلي ولم يقل ركعة ، والبتراء تصغير البتراء تأنيث الأبر وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للتقص . وفي البيع يحنث بالفساد بخلاف النكاح والفرق غير خاف . ثم إذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حثته على قعوده قبل التشهد بعد الركعتين ؟ اختلفوا فيه ، والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته ، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد .

[فروع] حلف لا يؤتم أحدا فصلي فجاء ناس واقتلوا به فقال نويت أن لا أؤتم أحدا صدق ديانة لاقضاء إلا إن أشهد أني إنما أصلي لنفسى ، وكلنا لو صلى هذا الخالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لأن الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحث قضاء لاديانة . وينبغي إذا أهم في صلاة الجنازة أن يكون كالأول إن أشهد صدق فيهما ولا فني الديانة . ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لأنها ناقصة والمطلق ينصرف إلى الكامل . ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة ، قال محمد : لاسعة النية في هذا ، بخلاف ما إذا صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيا بينه وبين الله تعالى . وفي ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها ، احتلفوا بناء على أن وقت التذكر وقتها بالحديث فيصبح أولا بل ينصرف إلى الوقت الأصلي .

وقوله (لا يحنث مالم يصل ركعتين) قيل عليه ينبغي أن لا يحنث بمجرد الإتيان بالركعتين مالم يأت بالقعدة لأن الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعا ، وليس بشيء لأن الركعتين عبارة عن صلاة تامة ، وتامها شرعا إنما يكون بالقعدة أشار إلى ذلك تعليقه بقوله لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا ، والله أعلم .

(قوله قيل عليه ينبغي أن لا يحنث) أقول : صاحب القليل هو الإفتائي .

(باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك)

(ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدى عند أبي حنيفة وقالوا : ليس عليه أن يهدى حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدى التصديق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها . لما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه . وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمتاد هو المراد

(باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك)

قدمه على الضرب والقتل لأن اللبس أكثر وقوعا منه لا يقيد بخصوص الملبوس ، أو لأن شرعيته أوسع من شرعية الضرب والقتل . والحلى يضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى يفتح الحاء وسكون اللام كئدى وثدى (قوله ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك) أى ثوبا من غزلك أى مغزولك (فهو هدى) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدى اتفاقا ، ولو لم يكن في ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهى مسئلة الكتاب ، فعند أبي حنيفة هو هدى (وقالوا : ليس عليه أن يهدى حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أى وقت الحلف (ومعنى الهدى) هنا ما يتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها) فإن كان نذر هدى شاة أو بدنة فلأنما يخرجه عن الهبة ذبحة في الحرم والتصدق به هناك فلا يجز به إهداء قيمته . وقيل في إهداء قيمة الشاة روايتان : فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره ، وإن نذر ثوبا جاز التصديق في مكة بعيته أو بقيته ، ولو نذر إهداء مالا ينقل كإهداء دار ونحوها فهو نذر بقيتها (وجه قوله ما أن النذر إنما ينقذ) فيها هو (في الملك) قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا نذر فيما لا يملك ابن آدم » (أو مضافا إلى سبب الملك) مثل إن اشترت كذا فهو هدى أو فعلى أن أتصدق به ولم يوجد ذلك فإن اللبس المجهول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعاقبه الذى هو غزل المرأة سببا لملكه إياه لأنه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لأن غزلها يكون من قطعها ويكون من قطعته ، فلا يصح النذر في المشتري من القطن إذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لأن العادة أن يشتري القطن ويجعله في البيت وهى تغزله فيكون للغزل مملوكا له (والمتاد هو المراد) بالألفاظ ، فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال : إن لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطعه فهو هدى ولا حاجة إلى تقدير ملك القطن . ولا إلى الالتفات إليه وإن كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل إلا إذا كان القطن مملوكا له . وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو في حال الحلف ، ثم استوضح على أن غزلها

(باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك)

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل ، إما لأن يمين لبس الثياب أكثر منه وجودا ، وإما لأن اليمين به مشروع وجودا وعدمه ، بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدى) أى صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح . وقوله (والمتاد هو المراد) يعنى فصار كأنه قال من قطنى

(باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك)

وذلك سبب الملك . ولهذا يبحث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لأن القطن لم يصرمذكورا .

سبب عادي الملك المغزول بقوله (ولهذا يبحث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك إلا لتكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول ، لأن معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه ، وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول ، وبهذا فارق مسألة التسرى حيث لا يبحث فيها بالشراء بعد الخلف لأن الإضافة إلى التسرى ليست إضافة إلى سبب الملك لأن الملك لا يثبت عند التسرى أثرا له بل هو متقدم عليه ، وبهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسألة التسرى هذا . والواجب في ديارنا أن يفتى بقولهما لأن المرأة لا تغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة رحمه الله فيه .

[وهذه فروع تتعلق باللبس] حاف لا يلبس من غزها فلبس فلما بلغ الثيل السرة تذكر فلم يدخل يديه في الكمين ورجلاه بعد في الأحاف حث . حلف لا يلبس ثوبا لا يبحث بلبس القلنسوة والعمامة ، ولو حاف لا يلبس ولم يقل ثوبا حث والسراويل ثوب يبحث به ، ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حث . ولو انثر أو ارتدى حث سواء القميص وغيره ، بخلاف لا ألبس قميصا لا يبحث إذا انثر به أو ارتدى فيعتقد على اللبس المعتاد ، وكذا إذا حاف لا يلبس سراويل فأنثر به أو تعمد لا يبحث ، ولو قال هذا السراويل فأنثر به أو تعمد حث ، ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يبحث . ولو حاف لا يلبس القباء أو قباء ولم يمين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يبحث ، وفي هذا القباء يبحث لأن في المنكر يعتبر اللبس المعتاد ، وفي الممين الوصف لغو فلا يختبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس . وقال الصنبر الشهيد : واختار الإمام الوالد الحنف في المنكر أيضا لأنه يلبس أيضا كذلك . ولو وضع القباء على الأحاف ونام تحته قيل لا يبحث ، وقيل بل يبحث ، لأنه لو جعل القباء فوق الدارحالة النوم يبحث ، والمراد بالذئار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم « الأنصار شعار والناس ذئار » وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يبحث لاحالة لأنه لا يلبس لكن ليس الرداء بخلاف ما إذا ذكر لفظ القباء ولو حاف لا يلبس هذا الثوب فألقى عليه وهو نائم المختار لا يبحث لأنه ملبس لا لا يلبس . فهو كما تقدم إذا حاف لا يدخل فحمل وأدخل ، فلو انثبه فألقاه كما انثبه لا يبحث ، وإن ترك يبحث علم أن الثوب المحلوف عليه أولا . وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه . ولو حاف لا يلبس سراويل أو خفا فأدخل إحدى رجله لا يبحث ولو حاف لا يلبس من غزل فلانة لا يبحث بالزريق والزر والعروة ، ولو لبس من غزها وغزل غيرها حث . أما لو قال ثوبا من غزها لا يبحث ، ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حث ، وكذا إن كان فيه وصلة في كفه أو دخريضة أو علم من غزل غيرها ، ولو حلف لا يلبس من غزها فلبس ما محيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يبحث ، ولو لبس تكة من غزها يبحث عند أبي يوسف ، وعندهما لا يبحث وعليه الفتوى . حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه علمانه وفلان هو المتقبل عليهم ، فإن كان يعمل بيده لا يبحث وإلا حث . لا يلبس حريرا أو إبريسما

أو من قطن سأملكه (وذلك) أى الغزل من قطن الزوج (سبب الملك الزوج لما غزلته) يعنى من ملك الزوج وقوله (ولهذا) إيضاح لقوله وذلك سبب الملك : يعنى أنها إذا غزلت من قطن مملوك الزوج وقت الخلف كان ذلك سببا لأن يملك الزوج غزها مع أن القطن ليس بذكور هناك ، وما ذاك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب ملك

(ومن حلف لأيليس حليا فليس خاتم فضة لم يحث) لأنه ليس يحث عرفا ولا شرعا حتى أبيع استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وإن كان من ذهب حث) لأنه حثي ولهذا لا يحل استعماله للرجال. (ولو ليس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحث عند أبي حنيفة، وقالوا يحث) لأنه حثي حقيقة حتى سمي به في القرآن. وله أنه لا يتحل به عرفا إلا مرصعا، ومبنى الأيمان على العرف. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان.

لا يحث إلا بثوب كله أو لحمته منه لا ما سداه أو علمه منه إلا أن يتوبه. لايليس هذا القطن ولا نية له انصرف إلى الثوب المتخذ منه، فلو حشا به ثوبا وهو المضرب لا يحث، وكذا لايليس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب، وإن نوى عين الغزل لا يحث بلبس الثوب لأن يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل. لايليس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحث. لايليس كتنا فليس ثوبا فيه كتنا وغيره حث. لايكسو فلانا فكساه قلنسوة أو خفين أو جواربين أو أرسل إليه ثوبا فلبسه حث إلا إن نوى كسوته بيده، ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحث (قوله ومن حلف لايليس حليا فليس خاتم فضة لم يحث) عندنا وعند الأئمة الثلاثة يحث (لنا أنه ليس يحث عرفا ولا شرعا) بدليل أنه أبيع الرجال مع متهم من التحل بالذهب والفضة. وإنما أبيع لم يقصد التختم لا الزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان علما خصوصا في العرف الذي هو مبنى الأيمان. قال المشايخ: هذا إذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص. فإن كان حث لأنه ليس النساء. وإنما يراد به الزينة لا التختم فكل معنى التحل به وصار كليسه سورا أو خلخال أو قلادة أو قرطا أو دماجا حيث يحث بذلك كله ولو من الفضة. وقيل لا يحث بخاتم الفضة مطلقا، وإن كان بما يلبسه النساء وليس بعيد، لأن العرف في خاتم الفضة ينشأ كونه حليا وإن كان زينة (ولو كان) الخاتم (من ذهب حث) مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا (قوله ولو ليس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحث عند أبي حنيفة، وقالوا يحث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت، ويقولها قالت الأئمة الثلاثة. وجه قولها أنه حثي حقيقة فإنه يترين به وسمى به في القرآن قال تعالى - وتستخرجوا منه حلية تلبسونها - والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أنه لا يتحل به) في العادة وهو المراد بقوله (عرفا إلا مرصعا) بذهب أو فضة (ومبنى الأيمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف إلى المرصع فلا يحث بغيره. قال بعض المشايخ: قياس قوله إنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ (وقيل هذا اختلاف عصر وزمان)

الزوج لما غزلته في العرف، والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكا وقت الحالف أو لم يكن، وقوله (ومن حلف لايليس حليا) يفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحل به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر. واستدل بإباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس يحث، لأنه لو كان حليا لحرم على الرجال لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال، ولما جاز التختم بالفضة لم يقصد الختم أو لغيره لم يكن حليا أو كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا (وإن كان من ذهب حث) يعني كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن. قيل الخواتم ثلاثة، الذهب مطلقا، والفضة المقصودة والحالف أن لايليس حليا يحث بلبسهما، والفضة الغير المقصودة والحالف لا يحث بلبسه. وقوله (ولو ليس عقد لؤلؤ) ظاهر، والعقد بالكسر هو القلادة، والرصيع التركيب، يقال تاج مرصع بالجواهر. وقوله (حتى سمي به في القرآن) أي بالحلي يريد به قوله تعالى - وتستخرجوا منه حلية تلبسونها - وقوله تعالى - يخلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا - جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيراً لقوله تعالى - يخلون

ويبقى بقولهما لأن التحلى به على الافتراد معتاد (ومن حلف لاينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لأنه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لاينحث) لأن مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الأول (ولو حلف لايجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم ينحث) لأنه لا يسمى جالسا على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا (وإن حلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث) لأنه يعد جالسا عليه ، والجلوس على السرير في العادة كذلك . بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه .

في زمانه كان لا يتحلى به إلا مرصعا ، وفي عرفهما تحلوا بالساذج (ويبقى بقولهما) لأن العرف القائم أنه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا (قوله ومن حلف لاينام على فراش) أى فراش معين ، فإنه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش ، وبديل قوله وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لاينحث ، ولو كان نكرة بأن حلف لاينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لأنه نام على فراش نكرة ، ثم إذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لأن القرام تبع للفراش لأنه سائر رقيق يعمل فوقه كالنبيذ تسمى في عرفنا الملى : أى الملاءة المجعل فوق الطرأحة ، وإذا كان تبعا له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش ، بخلاف ما إذا جعل فوقه فراشا آخر فإنه لاينحث إذا نام على الأعلى لأنه مثله ، والشيء لا يكون تبعا لثله فتقطع النسبة إلى الأسفل . وروى عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه ينحث لأنه يسمى نائما على فراشين فلم تقطع النسبة ولم يصرح أحدهما تبعا للآخر . وحاصله أن كون الشيء ليس تبعا لثله مسلم ولا يضربنا نفيه في الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يماس إلا الأعلى (قوله ولو حلف لايجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم ينحث) لأنه لا يسمى جالسا على الأرض) عرفا فاعتبر العرف كلامنا الأرض والبساط والحصير أصلا ، ولهذا يقال اجلس على البساط لايجلس على الحصير ، وتارة اجلس على الحصير لايجلس على الأرض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الأرض ، بخلاف ما لو جلس على أذنيه حيث يعد جالسا على الأرض ، ويقال جلس فلان على الأرض فيحنث ، وسره أنه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كأنه جلس بنفسه على الأرض . نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لاينحث لارتفاع التيمية (ولو حلف لايجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير) أو فراش : حنث لأنه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك) أى على مايفرش عليه ، يقال جلس الأمير على السرير ، ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر ، لأنه) أى الآخر الأعلى (مثل الأول) الأسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق . وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف ، فإنه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وإن كان أحدهما فوق الآخر ، بل يقال جلس على سرير فوق سرير ، وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح إذا حلف لايجلس على أحدهما فيسط عليه وجلس حنث . ولو بنى دكانا فوق الدكان

وقوله (ومن حلف لاينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لاينحث ، فإنه لو كان على حقيقته منكرًا لحنث في هذه الصورة أيضا لأنه نام على فراش . وقوله (لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا) يشير إلى أنه لو تزع ثوبه وطرحه على الأرض وجلس عليه لم ينحث لأنه حيث لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير : وقوله (ولو حلف لايجلس على سرير) ظاهر مما تقدم .

(باب اليمين في الضرب والقتل وغيره)

(ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدى حرّ فات فضره فهو على الحياة) لأن الضرب اسم لفعل مؤنم يتصل بالبدن ، والإيلام لا يتحقق في الميت ، ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في قول العامة

أو سطحا على السطح إذا حلف لا يجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الأسفل فلا يبحث بالجلوس على الأعلى ، ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والإسطبل . ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره ، قاله الشيخ أبو المعين في شرح الجامع . وفي كافى الحاكم : حلف لا يمشی على الأرض فشى عليها بنعل أو خوف حش ، وإن كان على بساط لم يبحث ، وإن مشى على أحجار حش لأنها من الأرض .

(باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك) من الفصل والكسوة

(قوله ومن قال إن ضربتك فعبدى حرّ فهو على الحياة) حتى إذا مات فضره لا يبحث (لأن الضرب اسم لفعل مؤنم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب (والإيلام) والأدب (لا يتحقق في الميت) لأنه لا يمس ولذا كان الحق أن الميت الملعوب في قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالألم . والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الأجزاء بحيث لا تتميز الأجزاء بل هي مختلطة بالتراب فلعوب جعلت الحياة في تلك الأجزاء

(باب اليمين في الضرب والقتل وغيره)

يرويه بالغیر الفصل والكسوة ، وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم (ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدى حرّ فات فضره فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤنم يتصل بالبدن) وهو لا يتحقق في الميت لاتقاء الإيلام فيه ، ونقض بقوله تعالى - وخذ بيديك ضمنا فاضرب به ولا تحض - فقد برّ أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ، ولم يوجد الإيلام لما أن الضفت عبارة عن الحزمة الصغيرة من ریحان أو حشيش فلم يكن مجموع الإيلام فكيف لأجزاءه . وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة لإكرامه له في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنائيتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره ، هذا إذا لم يكن لأجزاء الضفت إيلام على ما ذكر من تفسير الضفت . وروى عن ابن عباس أن الضفت عبارة عن القبرضة من الشجر ، فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقيا في شريعتنا أيضا ، ونمام الكلام فيه في الكشف . وذكر في شرح الطحاوى : ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضره بها ضربة واحدة إن ، وصل إليه كل سوط بحاله برّ في يمينه ، والإيلام شرط فيه لأن المقصود من الضرب الإيلام . وقوله (ومن يعذب في القبر) جواب عما يقال

(باب اليمين في الضرب والقتل وغيره)

(قوله لقد برّ أيوب الخ) أقول : وقد أن تردد السؤال بأن الضرب استعمل في الآية المجردة فيما لا إيلام فيه ، فلم أن الضرب ليس اسمها لما ذكرتم فلهذا لا يكون للجراب حسان بالتوال . بل الجواب أن يقال : ليس معنى الإيمان على ألفاظ القرآن بل حل العرف كما سبق غير مرة (قوله وأجيب أنه جاز الخ) أقول : أنت خير . بأن الجواب عن المناقشة بالجواز خارج عن الأداب ، إلا أن يجعل ناظر مناقشة فالصبر عنه بالمناقشة تمام .

وكنذلك الكسوة لأنه يراد به التملك عند الإطلاق ، ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق

التي لا يأخذها البصر ، وإن الله على ذلك لتقدير . والخلاف فيه إن كان بناء على إنكار عذاب القبر أمكن ، ولا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الإحساس . وقد أورد على أخذ الإيلام في تعريف الضرب قوله تعالى - وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنت - فقد برّ بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا إيلام فيه . وأجيب أولا بمنع عدم الألم في ضرب أيوب عليه السلام بالكلية . وقد روى عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر ، وإن سلم فمخصوص بأيوب . ودفع بأنه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحياة فلم يعتبره . وفي الكشف : هذه الرخصة باقية . والحق أن البرّ بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية رحمة لزوجات أيوب عليه السلام ، ولا ينافي ذلك بقاء شريعة الحياة في الجملة حتى قلنا إذا حلف ليضربه مائة سوط فجميع مائة سوط وضربه بها مرة لا يحنت لكن بشرط أن يصيب يده كل سوط منها ، وذلك إما أن يكون بأطرافها قائمة أو بأعراضها مبسوطة ، والإيلام شرط فيه ، أما علمه بالكلية فلا . ولو ضربه بسوط واحد له شعثان خسين مرة يبرّ ، ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبرّ لأنه ضرب صورة لا معنى . ولا بد من معناه ، فلا يبرّ إلا بأن يتألم ، حتى إن من المشايخ من شرط فيما إذا جمع بين رهوس الأعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لأوجع المهروب ، وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال ، والفتوي على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الألم .

[فروع] قال لأضربنك حتى أقتك هو الضرب الشديد ، ومثله حتى أتركك لا حتى ولا ميت ، وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك ، وكذا حتى تبول أو حتى تبرك ١ . وعندى أيضا على الضرب الشديد لأضربنك بالسيف حتى تموت ، ولأضربنك ولك على الأرض حتى ينشق نصفين ، فهو على أن يضرب به الأرض وبركته ٢ فقط ، وخلاف هذا ليس بصحيح . حلف ليضربه بالسيف حنث بضربه بفلاؤه وهو فيه ، وكذا بالسوط فلفه بقرقة وضربه حنث . حلف ليضربه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فزعه وركب غيره وضربه به لا يحنت ، ولو قال إن لقيتاك فلم أضربك فعبدي حرّ فراه على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل إليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنت ، قال محمد : إذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه . حلف لا يضرب امرأته لضرب أمته : يعني فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث . حلف لا أعذب فحبسه لا يحنت لأن الحبس تعذيب قاهر فلا يدخل تحت المطلق . قوله وكذا الكسوة (إذا حلف ليكسونه فآلتي عليه ثوبا بعد موته يحنت) وتقتصر

قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر ، وقيد بقول العامة احترازاً عن قول أبي الحسين الصالحى ، فإن الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت . وقوله (وكذلك الكسوة) يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حرّ فكساه بعد الموت لا يحنت . وقوله (لأنه يراد به) أى بالكسوة على تأويل الإكساء (التملك عند الإطلاق ، ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق

(قال المصنف : وهو من الميت لا يتحقق) أقول : قال في الكافي لأن الموت ينافي بقاء الملك فلا ينافي إتياده أول ام . وفيه بحث ، فإنهم سراسوا بأن الميت أهل لملك المال ، ولذا لو نصب شيعة فخلق بها صيد بعد موته ملكه لقتال .

- (١) (تبرك) هكذا في الأصل ، ولعلها محرفة عن تبرد بالبدل يعني تموت ، كقوله مصححه .
- (٢) (وبركته) هكذا في بعض النسخ يراد جملة قبل الكاف : أى يضربه برجل واحدة . وفي بعض النسخ (وبركته) بالواو وهو تعريف ، فليحذر .

إلا أن ينوى به السر، وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت بنافيه، والمزاد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (ولو قال إن غسلتكم فعبى حراً ففسله بعد ما مات بحث) لأن الفصل هو الإسالة ومعناه التطهير.

الكسوة على الحياة لاعتبار التملك في مفهومها، ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة، وقد جعلها الله سبحانه إحدى خصال الكفارة، والمعتبر فيها فيا سوى الإطعام، التملك، والميت ليس أهلاً للتملك ليصبح التملك. قال الفقيه أبو الليث: لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي أن يبحث لأن هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التملك (قوله إلا أن ينوى به السر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يبحث لأن السرة تتحقق في حق الميت كما في الحي فتعتقد يمينه على حالي الموت والحياة، وذكر ضمير به وهو الكسوة على تأويل قوله كسوتك، وقيل على تأويل الإكساء ولا وجود له في اللغة (قوله وكذا الكلام) يعني إذا حلف لا يكاهل إقصراً على الحياة، فلو كاهله بعد موته لا يبحث لأن المقصود منه الإفهام والموت بنافيه لأنه لا يسمع فلا يفهم. وأورد أنه صلى الله عليه وسلم قال لأهل القايب قلب بدر: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ فقال عمر رضي الله عنه: أتكم الموتى (١) يا رسول الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم، وأجيب بأنه غير ثابت: يعني من جهة المعنى وإلا فهو في الصحيح. وذلك بسبب أن عائشة رضي الله عنها ردت بقله تعالى - وما أنت بمسمع من في القبور - لأنك لا تسمع الموتى - وبأنه إنما قاله على وجه الموعظة للأحياء لا لإفهام الموتى، كما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: السلام عليكم دار قوم مؤمنين، أما نسألكم فنكحت: وأما أموالكم فقسمت، وأما دوركم فقد سكنت، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عنكم، وبأنه مخصوص بأولئك تضميناً للحسرة عليهم، لكن بقي أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم: إن الميت ليسمع شقيق نعاله إذا انصرفوا، ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح (قوله والنسول) يعني إذا حلف لا يدخل على فلان فقيد بالحياة، فلو دخل عليه ميتاً لا يبحث، لأن المراد من النسول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حافظ ولا على دابة، والزيارة للميت ليست حقيقة بل إنما الخور قبره، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كنت نبيكم عن زيارة القبور ألا فزوروها» ولم يقل عن زيارة الموتى (قوله ولو قال إن غسلتكم فعبى حراً ففسله) يعني حراً ففسله (قوله وكذا الكلام والنسول) يعني إذا حلف لا يكلم فلاناً أو حلف لا يدخل على فلان فكله أو دخل عليه بعد ما مات لا يبحث في يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت بنافيه، والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فإن قيل: قد روى

إلا أن ينوى به) أي بالكسوة (السر) فحينئذ يبحث لأن فيه تشديداً عليه. وقوله (وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس) دون التملك وهو قول الفقيه أبي الليث، ومعناه أنه يبحث لأنه إذا حلف لا يلبس فلاناً فألبسه وهو ميت بحث لأن الإلباس عبارة عن السر والتغطية والميت على الملك. وقوله (وكذا الكلام والنسول) يعني إذا حلف لا يكلم فلاناً أو حلف لا يدخل على فلان فكله أو دخل عليه بعد ما مات لا يبحث في يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت بنافيه، والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فإن قيل: قد روى

(١) هكذا في بعض النسخ. وفي بعضها: ما تكلم من أجساد لا أرواح لها وكلامها صحيح، والمراد على ثبوت الرواية، كتبه مصيبه.

ويتحقق ذلك في الميت (ومن حلف لا يضرب امرأته فدف شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لأنه اسم لفعل مؤثم وقد تحقق الإيلام ، (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لأنه يسمى بممازحة لا ضربا

الموت لا يحنث . وتقبية صلى الله عليه وسلم عثان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم . وقيل إن عند على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه . ولو حلف لا يئسل فلانا أو لا يعضه أو لا يمسسه أو لا يمسسه فهو على الحياة والموت . (قوله ومن حلف لا يضرب امرأته فدف شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجأها أو قرصها ، وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك ، لأنه لا يتعارف ضربا . وأجيب بما عالج به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤثم يتصل به وهذه الأشياء كذلك . وفي المتن : حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو زماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث . واستشكل يمين الضرب بأنها إن تعاقبت بصورة الضرب عرفا فهو إيقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالثمن ومد الشعر والبعض لأنه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الإيلام فيجب أن يحنث بالرى بالجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الإيلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو إشكال وارد . وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المخلوف عليه وهو الضرب لفظا أو عرفا . مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة قباعة بتسعة لا يحنث لأنه وإن وجد شرط الحنث عرفا

وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلف أصحاب القليب حيث سباهم بأيمانهم فقال : هل وجدتم ما وعد ربكم حقا . فقد وجدت ما وعدني ربي حقا ؟ أجيب بأن ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم . وقوله (ويتحقق ذلك) يعني التطهير (في الميت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا يجوز وإن كان مغسولا جازت (ومن حلف لا يضرب امرأته فدف شعرها أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤثم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الإيلام) من هذه الأفعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وإن أوجعها وآلمها لأنه يسمى في العرف بممازحة لا ضربا ، وهو منقول عن الإمام فخر الإسلام . وقوله (ومن قال إن لم أقتل فلانا) ظاهر . وقوله (هو الصحيح) احتراز كما ذكر في شرح الطحاوى فقال فيه : ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال إن لم أشرب الماء الذى في هذا الكوز اليوم فأمرأته طالق حنث بالاتفاق . وروى عن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه لا يحنث علم أو لم يعلم ، وهو قول زفر وهو الصحيح ، لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز ، والله تعالى أعلم ، وإن أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذى كان موجودا في الكوز وقت اليمين لأن الماء الذى أضيف إليه الشرب لا يحنث الوجود إذ الحادث غيره ، بخلاف مسألة القتل إذا كان يعلم بموت فلان لأنه عقد يمينه على فعل القتل في فلان . فإذا أحياء الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى - فأما الله مائة عام ثم يمته - وكان ما عقد عليه اليمين متوهما ، والعادى منسوب إلى العادة كالإرادى منسوب إلى الإرادة ، فإن تاء التأنيث تحذف في النسبة .

(قوله أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه الصلاة والسلام) أقول : وأجاب العلامة التتس في الكافي بأنه غير ثابت ، فإنه لما بلغ هذا الحديث عاتقة رضي الله عنها قالت : كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال الله تعالى - إنك لاتسمع الموتى - وما أنت بمسمع من قبور - ثم قال هل أنت كان خصوصاً به أم . قال الأئمة : ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الأحياء ، ونظيره ما روى عن علي كرم الله وجهه قال - وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى الغائب قال : السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، أما لتأولكم فقد تكلمت ، وأموالكم فقد قسمت ، ودوركم قد سكنت ، فهذا خبركم عندنا فأخبرنا عنكم - وكان يقول : سل الأرض من فوق أهلك وفسد أشجارك ورسى ثمارك ، فإن لم تجلب جواباً أبناك اعتباراً ، وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات أم . وفي بحث لأنه يرده تنبيه القصة لو سمعت .

(ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور فينقذ ثم يحنث للعجز العادي (فإن لم يعلم به لا يحنث) لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف. وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح.

(باب اليمين في تقاضى الدراهم)

لكن لم يوجد شرط الحنث لفظاً، لأن مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر. ولو باعه بأكثر لا يحنث أيضاً لأنه وإن وجد شرط الحنث لفظاً لأنه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضاً لكنه لم يوجد عرفاً فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل. ثم قال فخر الإسلام وغيره: هذا يعنى الحنث إذا كان في الغضب، أما إذا فعل في المازحة فلا يحنث، ولو أدامها لكن لاعلى فصد الإمام بل وقع الخطأ في المازحة باليد. وعن الفقيه أبى الليث أنه قال: هذا إذا كانت بالعربية، أما إذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والحنق والعص، والحق أن هذا هو الذى يقتضيه النظر في العربية أيضاً إلا أنه خلاف المذهب (قوله ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والخالف عالم بموته حنث) لأنه لما علم بموته قبل حلقه والقتل إزالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينقذ بالاتفاق، ثم يحنث في الحال للعجز الحالى المستمر عادة) (وإن لم يعلم لا يحنث) لأنه عقد يمينه لاحالة على إزالة الحياة القائمة فيه، ولا يتصور إزالة القائمة ولا حياة قائمة (فكان قياس مسألة الكوز على الاختلاف) السابق بين أبى يوسف وبينهما، فعنده ينقذ ويحنث. فعليه الكفارة، وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لأنه لا يحنث إذا لا انعقاد (قوله وليس في تلك المسئلة) أى مسألة الكوز (تفصيل بين العلم وعلمه) بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر في شرح الطحاوى حيث قال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لاماء فيه فخلف فقال إن لم أشرب الماء الذى في هذا الكوز فامرأته طالق فإنه يحنث بالاتفاق. وعن أبى حنيفة رواية أخرى لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر. ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء في هذا الكوز فحلف بنبى أن تنقذ يمينه عندهما على ماء يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالى المستمر يوجب حنثه، بخلاف ما إذا لم يعلم أن في الكوز ماء لأن يمينه انقضت على ماء في الكوز، ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب الخواف عليه.

(باب اليمين في تقاضى الدراهم)

التقاضى المطالبة وهو سبب للقضاء وهى مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم

(باب اليمين في تقاضى الدراهم)

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها أخر اليمين الى تتعلق بها وخص الدراهم

(باب اليمين في تقاضى الدراهم)

(ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب فهو على مادون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لأن ما دونه يعد قريبا ، والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ، ولهذا يقال عند بعد العهد ما القيتك ، نذ شهر (ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نهرجة أو مستحقة لم يحن الحالف) لأن الزيادة عيب والعيب لا يعلم بالجنس ، ولهذا لو تجاوز به صار مستوفيا ،

بالذكر لأنها أكثر دورا في المعاملات (قوله ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب) أو عاجلا (فهو مادون الشهر) فإن أخره إلى الشهر حنث (وإن قال إلى بعيد) أو عاجلا فهو على أكثر من شهر وعلى الشهر أيضا ، ولكنه قصد الطابق بين قوله مادون الشهر وما فوقه فلا يحنث إلا بالموت إذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة إلى الموت ، فإن مات لأقل منه لاحث عليه على مقتضى ما ذكرنا ، وقال الشافعي وأحمد : ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لأنه إضافي ، فكل مدة قريبة بالنسبة إلى ما بعدها وبعيدة بالنسبة إلى ما دونها ، ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر ، وإنما يحكم بحنثه إذا مات قبل أن يقضيه . وقانا : هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الإضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت ، واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان ، والعرف يعد الشهر بعيدا فإنه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة عند الإطلاق وعدم النية يعتبر ذلك ، فأما إذا نوى بقوله إلى قريب وإلى بعيد مدة معينة فهو على مانوى ، حتى لو نوى بقوله إلى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر حصت ، وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة ، وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها (قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها) أى بعض الدراهم (زيوفا) وهى المشوشة غشا قليلا بحيث يتجاوز التجار بها وإنما يردّه بيت المال (أو نهرجة) وغشها أكثر من الزيف يردّه من التجار المستقصي ويقله السهل منهم (أو مستحقة لم يحنث) بذلك سواء رد بلغا في ذلك اليوم أولا (لأن الزيف عيب) وكذا النهرجة ولفظ الزيادة المذكور في الكتاب غير عربى بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب) فى الجنس (لا يعلم الجنس) أى جنس الدراهم (ولهذا) أى ولكون وصف الزيادة لا يعلم اسم الدراهم (لو تجاوز بها) فى الصرف : أى لو جعلت بدلا فى الصرف بالحياد أو جعلت رأس مال السلم صح مع أن الاقتراق عن

بالذكر لكونها أكثر استعمالا ، ولقب الباب بالتقاضى والمسائل المذكورة فيه بافظ القضاء والقبض والعدد لأن التقاضى سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه ، هذا ما قاله الشارحون . وأقول : جميع ما ذكره فى الكتاب من المسائل مبناه على التقاضى على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسألة ، والأصل فى هذا الباب أن الدينون تقضى بأثمانها ، وأن العيب لا يعلم بالجنس ، وأن مادون الشهر قريب وما فوقه بعيد . قال (ومن حلف ليقضين دينه) تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه (إلى قريب فهو مادون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره فى الكتاب ، وجعل الشهر أيضا بعيدا لأنه فى العرف يعد بعيدا ، وإن زاد فى التقاضى (فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نهرجة أو مستحقة بر فى يمينه) لما ذكره فى الكتاب . والزيف ما يردّه بيت المال ، والنهرج ما يردّه التجار ، وسأبقى فى كتاب البيوع .

(قوله وأقول جميع ما ذكره فى الكتاب من المسائل مبناه على التقاضى) أقول : فلا وجه لقصر سببية التقاضى على القضاء والقبض لكونه مبنى للعدد أيضا على ما ذكره

فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق (وإن وجدها رصاصة أو ستوقه حث) لأنها ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم (وإن باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه) لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به

غير قبض ففسد لهما ، فعرف أنهما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبر في اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم (المستحقة صحيح) ولذا لو أجاز المالك قبضا جاز ، وإذا بر في دفع هذه المسميات الثلاثة ، فلورد الزيوف أو النهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البر ، وإن انتقض القبض فلما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ، ومثله لو دفع المكاتب هذه الأنواع وعق فردا مولى المكاتب بسبب أنها زيف أو نهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق (ولو كانت رصاصة أو ستوقه حث) إذا انتقض اليوم ولم يرد بلها دراهم . والستوقه المشوشة غشا زائلا وهو تعريض مئ توقعه : أي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (لأنها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوز بها في الصرف والسلم) ولا يعق المكاتب بأدائها ، فلوردها المولى ظهر عدم عتق العبد (قوله وإن باعه) أي إن باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضه اليوم دينه في اليوم المهلوف على قضاؤه فيه (عبدا وقبضه) رب الدين (بر) المديون (في يمينه) لأن قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة . وهوان ثبت في ذمة القايض وهو الدائن مضمونا عليه لأنه قبضه لنفسه ليملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا ، فكذا هنا إذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبر في يمينه بإعطائه العبد قصاصا وهو أن يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلهما فيلتقيان قصاصا : ثم البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أو لا ، حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ، ولا ينتقض البر في اليمين وإنما نص عليه محمد تأكيداً لبيع ليتقرر الدين على رب الدين ، لأن الثمن وإن وجب بالمبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض ، ولو كان البيع فاسدا وقبضه ، فإن كانت قيمته ثنى بالدين بر ولاحت لأنه مضمون بالقيمة ، هذا إذا حلف المديون ، وكذا إذا حلف

وقوله (فوجد شرط بره) يعنى قضاء دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بها شيئا فأخذها المستحق بى البيع صحيحا ، ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن (ولا يرتفع برده) أي برده ماقصى من الزيوف أو النهرجة أو المستحقة (البر المتحقق) لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الصغ والانتقاض كالكتابة ، فإن مولى المكاتب إذا رد البتل لكونه زيفا أو نهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق ، بخلاف قضاء الدين فإنه ينتقض برد المقبوض لمعيب أو استحقاق لأن مبناه المقاصة وقد زالت . قوله (وإن وجدها رصاصة) ظاهر . وقوله (لأن قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن مايقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك ، ولرب الدين على المديون مثله ، أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا (وقد تحققت بمجرد البيع) لأن ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأول ، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصور لأن القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بأمانها . وقوله (فكأنه شرط القبض) كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في إلجام الصغير ويقبضه . ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لأن ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لأنه على شرف السقوط بموته ،

(وإن وهبها له) يعنى الدين (لم ير) لعدم المقاصة لأن القضاء فعله والهبة إسقاط من صاحب الدين ، (ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

رب الدين فقال إن لم أقبض مالى عليك اليوم أولان لم أستوف. قال محمد (فإن وهبها له لم ير) يعنى إذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم ير المديون لأن شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) ولأن فعل المديون والهبة فعل الدائن بالإبراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر. قال في الفوائد الظهيرية : وإذا لم ير لم يحث أيضا عندهما لقوات المحلوف عليه : يعنى تعمّر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم. وتقدم في مسألة الكروز أن بقاء التصوّر شرط لبقاء العيين في العيين الموقّعة ، وهذه كذلك إذ الكلام هنا في عيين موقّعة ، وإن كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم. واعترض بعضهم عليه بأنه يستلزم ارتفاع التقيضين لأن البرّ نقض الحث فلا يرتفعان ، وهذا غلط لأن التقيضين اللذين يجب صلوق أحدهما دائماً في الأمور الحقيقية كوجود زيد وعنده ، أما في الأمور الشرعية إذا تعلق قيام التقيضين بسبب شرعى فلنما ثبتت حكمهما مادام السبب قائماً ، وما نحن فيه منه ، فإن قيام العيين سبب لثبوت أحد الأمرين لاحالة من الحث أو البرّ شرعا ، فإن فرض انتفاؤه انتفى الحث والبرّ كما هو قبل العيين حيث لا برّ ولا حث ، فإذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده ، وجميع ما أورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحث في مسألة الكروز ، وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحث لإفادة فيه لأن عدم الحث متفق عليه ، وإنما يفيد لو قالوا برّ ولم يحث ، وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل. وأعلم أن جواب هذه المسئلة : أعنى مسألة الهبة مقيد بكون الخالف على يوم بعينه كما أشرنا إلى ذلك ، أما المطلقة بأن حلف ليقبض دينه فأبرأه أو وهبه فلا شك أنه يحث بالاتفاق لأن التصوّر لا يشترط بقاؤه في العيين المطلقة بل في الابتداء ، وحين حلف كان الدين قائماً فكان تصوّر البر ثابتاً فانهقدت ثم حث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البرّ بالهبة (قوله ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

فإذا قبضه صار متقراً فيكون مثله فيتقاصان (وإن وهبها له) أى إن وهب الدائن دينه للمديون (لم ير) الخالف (لعدم المقاصة) لأن المحلوف عليه فعله وهو القضاء (الهبة) ليست فعله لأنها إسقاط من صاحب الدين وإنما قال لم ير لأنه أعم من الحث ، فكانه أشار بذلك إلى أنه لم ير ولم يحث عند أى حنيفة ومحمد لقوات المحلوف عليه وهو الدين ، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان العيين كما في مسألة الكروز على ما تقدم. قال بعض الشارحين : ولنا فيه نظر لأنه حينئذ يلزم ارتفاع التقيضين ، وهو فاسد بمرّة لأن البرّ نقض الحث ، فن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر ، فلا يجوز أن يرتفعا جميعاً. وأقول : ليسا بتقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الخالف لا يتصف بأحدهما وشأن التقيضين ليس كذلك ، فإذا بطل العيين نفوت تصوّر البرّ صار كغير الخالف من الناس فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما. وإذا تقاضى دينه فقال أقبضها منجما فحلف (لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

(قال المصنف : لأن القضاء فعله) أقول : فيه تأمل ، إلا أن يكون بدلا من قوله لعدم المقاصة (قوله قال بعض الشارحين : ولنا فيه نظر) أقول : أراد الإتفاق .

لم يبحث حتى يقبض جميعه) لأن الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق ، ألا يرى أنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه فينصرف إلى كاله فلا يبحث إلا به (فإن قبض دينه في وزنين لم يتشاكل بينهما إلا بعمل الوزن لم يبحث وليس ذلك بتفريق) لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فأمراته طالق فلم يملك إلا خمسين درهما لم يبحث) لأن المقصود منه عرفا في مازاد على المائة ولأن استثناء المائة استثناءها بجميع أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة) لأن كل ذلك أداة الاستثناء .

لم يبحث) بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حثه على قبض باقيه . فإذا قبضه حث (لأن الشرط) أي شرط الحث (قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض) المتفرق (إلى كل الدين) حيث قال : لا أقبض ديني وهو اسم لكاه فلا يبحث إلا بآله متفرقا ، غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يبحث إذا كان لم يتشاكل بين الوزنتين إلا بعمل الوزن لأن المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة . بخلاف ما إذا تشاكل بعمل آخر لأنه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ، ولأنه قد يتعذر قبض بوزنة واحدة لكثرة فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى . والمسئلة في الجامع الكبير موقفة هكذا إذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر إن أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يبحث لأن شرط حثه أخذ كل المائة على التفريق . ولو قال إن أخذت منها اليوم ، منك درهما دون درهم فأخذ خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حث . ، لأن شرط الحث أخذ بعض المائة متفرقا لأن كلمة من للتبعض وقد وجد (قوله ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فأمراته طالق فلم يملك إلا خمسين لم يبحث لأن المقصود منه عرفا في مازاد على المائة) فيصدق على الخمسين ، إذ يصدق أن الخمسين ليس زائدا على المائة . وأما بالنظر إلى اللفظ فلا يصح إلا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه ، فإن معنى اللفظ ليس لي مال إلا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فإذا قلنا إن المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بأنها في ملكه بل ولا متعزضا لها بإثبات بوجه من الوجوه ، وهذا قول طائفة من المشايخ . وأما على جعله مثبتا بطريق الإشارة كما هو قول طائفة أخرى ، أو على أن الاستثناء من النفي لإثبات وهو مختارنا ، وصرح به المصنف فقال : الاستثناء من النفي لإثبات في هذا الكتاب فيبحث لفظا لأنه حلف على أن له مائة . وأما قول المصنف (ولأن استثناء المائة استثناءها بجميع أجزائها) فظاهره

لم يبحث حتى يقبض الجميع) متفرقا لأن شرط الحث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه ، وهو اسم لكل ماله عليه (فينصرف إليه) والمركب يتنفي بانتفاء جزئه ، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يبحث ، وههنا إن فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع . وقوله (فإن قبض دينه في وزنين) ظاهر . ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصبه فقال (إن كان لي إلا مائة درهم فأمراته طالق ولم يملك إلا خمسين درهما لم يبحث) لما ذكره في الكتاب . قوله (ولأن استثناء المائة استثناءها بجميع أجزائها) يعني فكان استثناء الخمسين داخل تحت استثناء المائة لأن الخمسين من أجزاء المائة فلذلك لم يبحث

(قوله لأن شرط الحث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق) أقول : فيبحث ، إلا أن يعبر الجزء الآخر بوصف التفرق فالأمر دليل الياء بالواو (قوله إن فات عدم التفرق ألغى) أقول : الذي هو أحد الجزئين (قوله لم يوجد قبض الجميع) أقول : الذي هو الجزء الآخر (قال المصنف : ولأن استثناء المائة) أقول : فيبحث ، إلا أن يكون البراء بالإفارة إلى ما اشتر من أجل القبة من أن الجزء لا يهاين الكل فليأكل ..

[مسائل متفرقة] (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) لأنه نفي الفعل مطلقاً فعم الامتناع ضرورة عموم النفي (وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة برّ في يمينه) لأن الملتزم فعل واحد غير عين ، إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأي فعل فعله . وإنما يبحث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل .

أنه وجه مقابل لقوله لأن المقصود منه عرفا الخ وهو أن يكون مدلولاً له ومعلوم أن إخراجها ليس إلا من النفي ، وحاصله إخراج جميع أجزاء المسألة من عدم الملك . فلو صح كان الحالف على نفي حسين من ملكه فكان يبحث فليس الموعود عليه إلا وجه العرف ، بخلاف ما لو ادعى أنه أعطى زيداً مائة مثلاً فقال زيد لم يعطني إلا حسين فقال إن كنت أعطيتني إلا مائة فإنه يبحث بالأقل ، وكلنا إذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال إن كان لي عليه إلا مائة فهذا لنفي نقصان لأنه قصد بيمينته الرد على المنكر . وفي الجامع الصغير : عبده حرّ إن كنت أملك إلا خمسين فلك عشرة لم يبحث لأنها بعض المستقضى ، ولو ملك زيادة على الخمسين إن كان من جنس مال الزكاة حث ولا ، ألا ترى أنه لو قال مالي صلة ينصرف إلى مال الزكاة أو حلف مالي مال لا يبحث إلا بمال الزكاة . وفي خزنة الأكل : لو قال امرأته طالق إن كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يبحث ، والمسئلة تأتي إن شاء الله تعالى .

[مسائل متفرقة] أي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الإشارة لأمر حاضر في الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الإشارة على ظاهرهما ، والظاهر الأول لأن المعتاد تقدم الترجمة ، فإن من عادة المصنفين أن يذكروا لما شذ عن الأبواب هذه الترجمة ونحوها (قوله وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفي الفعل فعم الامتناع) في جميع الأوقات المستقبلية (ضرورة عموم النفي) لفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الأوقات ثابتاً (وإن حلف ليفعلن كذا برّ بالفعل مرة واحدة لأن الملتزم فعل واحد غير عين ، إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأي فعل فعله) سواء كان مكراً فيه أو ناسياً أصيلاً أو وكيلاً عن غيره ، وإذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصي بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف لغيرين زيدا أو ليأكلن هذا الرضيع فأت زيدا أو أكل الرضيع قبل أكاه فعينه يبحث ، هذا إذا كانت اليمين مطابقة كما أرى ، فلو كانت مقيدة مثل لأكله في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على مسافات في مسألة الكوز خلافاً لأبي يوسف ، ولو مات الحالف قبل

[مسائل متفرقة] أي هذه المسائل التي أذكرها مسائل متفرقة . ومن ذاب المصنفين ذكر ما شذ من الأبواب في آخر الكتاب (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) اليمين على فعل الشيء أو تركه لا تخلو إما أن تكون موقفة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة ، فإن كان الثاني وهو المذكور في الكتاب ، فإن كان على الترك تركه أبداً ، وإن كان على الفعل برّ بفعله مرة على أي وجه كان ناسياً أو عامداً مختاراً أو مكراً أو بطريق التوكيل ، لأن الفعل مشتمل على مصدره أشبال الكل على أجزءه ، وهو منكر لعدم الحاجة إلى التعريف ، والنكرة في سياق النفي تتم فيوجب عموم الامتناع ، وفي الإثبات تنحصر ، فإن فعله في صورة النفي مرة حث ، وإن فعله في صورة الإثبات مرة برّ (وإنما يبحث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فإن كان الأول ولم يذكروا في الكتاب فإنه لا يبحث فيه قبل مضي الوقت وإن وقع اليأس بموته أو بفوت محل لأن الوقت مانع من الانحلال ، إذ لو

(مسائل متفرقة) (قوله كان الإعلام ترجيحاً حال ولايته خاصة الخ) أقول : ولو حكم بالعقار هذه لفور لم يكن بعداً نظراً إلى المقصود وهو المبادرة إلى زجره وحفظ شره ، فالعلمي يوجب التقيد بالفور فور علمه به .

(وإذا استحل الولى رجلا ليعلمته بكل دأعر دخل البلد فهلما على حال ولايته خاصة) لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطته ، والزوال بالموت وكذا بالزول في ظاهر الرواية (ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برقى يمينه) خلافا لزفر فإنه يعتبره باليحب

مضيه لاحت عليه ولا كفارة . ولو جن الخالف في يومه حنث عندنا خلافا لأحمد (قوله وإذا استحل الولى رجلا ليعلمته بكل دأعر دخل المدينة) وهو بالدال والعين المهملتين كل مقصد وجمعه دأعر من الدعر وهو الفساد ، ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع إذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل لا يلزمه إخباره بعد ذلك ، هو قول الشافعى ورواية عن أحمد وهذا التخصيص في الزمان يثبت بدلالة الحال وهو الحال بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره ، لأنه إذا زجر دأعر انزجر دأعر آخر كما قال تعالى - ولكم في القصص حياة - وهذا لا يتحقق ، إلا في حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطته والزوال بالموت وكذا بالزول في ظاهر الرواية) وإذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد إلى الولاية . وعن أبي يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا ، وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقديم معرفته بحاله وهذا بعيد . وفي شرح الكزى أيضا : ثم إن الخالف لو علم بالدأعر ولم يعالمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الإمكان اه . ولو حكم بانعتاد هذه لقول لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره ، فالبايع يوجب التقيد بالقول : أى فور علمه به ، وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكليل أن لا يخرج عن البلد إلا بإذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لأن الإذن إنما يصح من له ولاية المنع ، وكذا لا يخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية ، وإذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعدهما ، بخلاف ما لو حلف لا يخرج امرأته من الدار فإنه لا يتقيد به ، إذ لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الإذن ، وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا ، وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أزوجها بغير إذنك طالق فطالق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير إذنها طلقته لأنه لم يتقيد بيمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح (قوله ومن حلف ليمين عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برقى يمينه) الأصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع

أخل قبل مضى الوقت لم يكن للتوقيت فائدة (وإذا استحل الولى رجلا ليعلمته بكل دأعر) أى مفسد خبيث من الدعارة وهى الخبث والفساد (دخل البلد) كان الإعلام واجبا حال ولايته خاصة (وليس يلزم الإعلام حال دخوله ، وإنما يلزمه أن لا يؤخر الإعلام إلى ما بعد موث الولى أو عزله على ظاهر الرواية (لأن المقصود منه) أى من الإعلام (دفع شره) أى شر نفس الدأعر (أو شر غيره بزجره) فإن الولى إذا زجره وأدبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قمده أو نيته ، وهذا المقصود إنما يفيد فائدته إذا كان الولى قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لاحالة (وكذلك بالزول في ظاهر الرواية) وإنما يجب بظاهر الرواية احتراز عما روى عن أبي يوسف أنه يجب الإعلام على الخالف بعد عزل المستحلف أيضا لأنه مفيد في الجملة . وقوله (ومن حلف أن يهب) على ما ذكره في الكتاب واضح ، واختلف أصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول ، فهم من

لأنه تملك مثله . ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل . ولأن المقصود إظهار المساحة وذلك

بإزاء الإيجاب والقبول مما ، وفي عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبه والصدقة والعارية والمطية والوصية والمرى والنحل والإقرار والهبة . وقال زفر : هي كالبيع . وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه المجموع . فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعك أسس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستاجر لأن إقراره بالبيع تضمن إقراره بالإيجاب والقبول ، وقوله لم تقبل رجوع عنه ، وكذا على عدم الخلف إذا حلف لا يبيع فأوجب فقط ، وعلى الخلف إذا حلف ليبيع اليوم فأوجب فيه فقط . ووقع الخلاف في ذلك لو كان بافظ الهبة ، فعندنا يبر بالإيجاب ، وعنده يحنث . ثم استدلل المصنف لزفر باعتباره بالبيع (لأنه) أي عقد الهبة (تملك مثله) حيث يتوقف تمام سببته على القبول فلا يكون هو : أي عقد الهبة بلا قبول كالإيجاب في البيع ، ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل بمجرد إيجاب الهبة والقبول من الآخر بر تمام السبب . وإنما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار . وفي رواية أخرى عنه : يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لأن السبب بلا حكم غير معتبر . قال المصنف (ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالتبرع) أي الهبة اسم للتبرع ، فلذا تبرع وجد المسمى فيحنث ، ولا يراد تمامه سببا للملك إلا على ما نقل عن بعضهم أن الملك ثبت به قبل القبول ، إلا أن البارز ينقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرفوعة لأنه لا موعول ولا عمل على هذا ، بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه إلى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا للملك الآخر كالبيع . والحاصل أنه إنما يتم به ما هو من جهته وهو التملك ، وبهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وإن كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المقيّد له فهو كالبيع في هذا القدر ، وحقيقة الخلاف إنما هو في تعيين مسميات شرعية لألفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتهما ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالنقل أو الاستدلال ، فلما كان عند إطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعث كذا يفهم منه وقوع الإيجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع ، ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك . واستدل الأصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس « أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حاروحش وهو بالأبواء أو بؤدان فردّه عليه ، فلما رأى ما في وجهه قال إنما لم نردّه عليك إلا أنا حرم » فقد أطلق اسم الإهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه ردّه عليه . ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل ، وعلى كل تقدير فيفيد أن اسم الهداية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أو لا . واستدل أيضا بقولنا وهبت فلان فلم يقبل وليس شيء منهما بلازم لأن غاية ما فيه أنه يصح أن يطلق لفظ الهبة والهبة على مجرد الإيجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ، ونحن لانكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع ، وكونه ظهر في موضع أنه استعمل في مجرد الإيجاب بقرينة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة . ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن غشنا ويكون مستعملا لاسم الكل

قال بئسوته إلا أنه البارز ينقض دفعا لضرر المنة ، ومنهم من قال بعلمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول ، بخلاف البيع والإجارة وكل عقد فيه بدل لأنه

(قوله فلا يمكن دفع الضرر) يقول : أي ضرر المنة .

يتم به ، أما البيع فعارضة فانقضى الفعل من الجانبين (ومن حلف

في الجزء . فلودل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لجرد الإيجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لجرد الإيجاب والإيجاب . وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضي الله عنهما : كنت نخلتكم عشرين وسقا من مال العائلية وإنك لم تكوني حزتيه . فسماء نخل قبل القبض ، فلما يتنفس على إحدى روايتي زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضا ، ولنا نصيحها بل المعتبر المجموع من الإيجاب والقبول ، والقبض شرط الحكم لأمم تمام السبب ومسمى القبط . وأما الوجه القائل إن المقصود من الهبة إظهار السباحة وهو يتم بالإيجاب : يعنى فالظاهر أن الاسم يلزام ما يتم به المقصود من العقد فلا يحتج أنه غير لازم ، وإلا كانت أسماء الأمور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات . وأيضا قصد الإظهار للسباحة هو عين المראה ، ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه ، بل الالتزام كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقر الأجنبي ، وهذا أليق أن يجعل مقصودا للعقلاء فيجب الحمل عليه ، وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول إلا بمجموع القبول والإيجاب . وأقر بها أنه أمم للتبرع كما ذكر المصنف . والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع وإن كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر . فهو اسم بجزء السبب إن سلم هذا . وعلى هذا الخلاف القرض . وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لأن القرض في حكم المعاوضة ، فلو قال أقرضني فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله . ونقل عن ابن حنينة فيه روايتان . والإبراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض . والهبة لأنه تمليك بلا عوض ، ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والإبراء قياسا واستحسانا . وقال الحلواني فيهما كالمية . قيل والأشبه أن يلحق الإبراء الهبة لعدم العوض ، والقرض بالبيع للعوض . وإعلم أن الإبراء له شيان : شبه بالإسقاط لأن الدين وصف في الزمة لاعتين مال ، فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول . وشبه بالتمليكات باعتبار أن ماله إلى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة ، ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ، ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالمية .

[فروع] حلف لا يوصى بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث ، وكذا لو اشترى أباه في مرضه فمضى عليه ، ولو حلف ليبيته اليوم مائة درهم فوهب مائة له على آخر وأمره بقبضها بر ، ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يمتنع من قبضه لأنها صارت مأكلا للورثة . وفي شرح الجامع الكبير للنجاشي أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر . ولو قال لعبد إن وهبك فلان متى فأتت حر فوهب منه إن كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه إليه أولا . وإن كان ودعية في يد الموهوب له إن بدأ الواهب فقال وهبتك لا يعتق قبل أولم يقبل ، وإن بدأ الموهوب له فقال هبه متى فقال وهبتك منك عتق . ولو حلف لا يبيع عبده من فلان فوهب له أجنبي فأجاز الخائف الهبة حث كذا رواه ابن سبابة عن محمد . ولا يبيع عبده لفلان فوهب له على عوض حث . حلف لاستئدين ديننا فتزوج لا يحنث . ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الأب لأنه لا رايح للأب في المال ، وتعتقد يمين نبي الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الأعيان ، فلو اشترى عبدا لم يحنث ، بخلاف ما لو قال : لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث ، بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لأنه لم يشاركه مختارا إنما لزمه حكما أحب أو كره (قوله ومن حلف

تملك من الجانبين فكان تمامه بهما (ومن حلف

لايشم ريحانا فشم وردا أو ياسميننا لا يحنث) لأنه اسم لما لاساق له ولهما ساق (ولو حاف لا يشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بالدهن بائع البنفسج والشراب يبنى عليه

لايشم ريحانا فشم وردا أو ياسميننا لم يحنث (ويشم هو يفتح الياء والشين مضارع شجعت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة القصيدة المشهورة . وأما شجعت الطيب أشبهه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فتد أنكروها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدده فقد نقلها الفراء وغيره وإن كانت ليست بفصيحة . ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود ، فلو حاف لايشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة إلى دماغه . وفي المغرب : الريحان كل ما طاب ريحه من النبات . وعند الفقهاء : ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه . وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لاساق له من البقول مما له رائحة مستتلة . وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في الميسر لأنه قال تعالى - والنجم والشجر يسجدان - ثم قال - والحب ذو العصف والريحان - ولأن الريحان إنما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستتلة ، وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة إنما الرائحة للزهر خاصة ، وهذا والذي يجب أن يقول عليه في ديارنا إمداد ذلك كله لأن الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم ، وأما كون الريحان الترنجبي منه فيمكن أن لا يكون لأنهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجبي ، وعندنا يطلقون اسم الريحان لأنهم منه إلا الحماحم فلا يحنث إلا بعين ذلك النوع (قوله ولو حاف لا يشترى بنفسجا فهو على دهنه) دون ورقه فلا يحنث بورقه . وذكر الكرخي أنه يحنث به أيضا بعموم الحجاز ، وهذا مبنى على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وإنما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به ، وأما في حرفنا فيجب أن لا يتعقد إلا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما قال في الورد والحناء إن العين على شراهما ينصرف إلى الورق لأنهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج .

[فروع متفرقة الأصناف] إذا حلف على الدجاج نفيا أو إثباتا وكذا الحمل والإبل والبقر والجوزور والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والحيل يتناول الذكر والأنثى والتاء للوحدة . قال قائلهم : لما مررت بدير هند أرقتي - صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

لايشم ريحانا فشم وردا أو ياسميننا لا يحنث لأنه اسم لما لاساق له ولهما ساق (قيل هذا تفسير الإمام فخر الإسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف ، وفيه نظر لأنه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا . وجوابه أن معنى قوله اسم لما لاساق له أن لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلاح عليه الفقهاء وإن لم يثبت في اللغة ، على أن نفيه في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في أوضاع اللغة وهو متعذر . وقيل : في الضابط بين الورد والريحان أن ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة طيبة مستتلة فهو ريحان ، وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستتلة فهو ورد (ومن حاف لا يشترى بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بالدهن بائع البنفسج والشراب يبنى عليه) أى على البيع وهذا في عرف أهل الكوفة

(قوله قيل هذا تفسير الإمام الخ) أقول : صاحب القليل هو الإقناني (قوله وجوابه أن معنى قوله اسم لما لاساق له الخ) أقول : يبنى اسم لما لاساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كما لورقه ، وساق الورد ليس له رائحة كما لورقه (قوله اصطلاح عليه الفقهاء وإن لم يثبت في اللغة) أقول : المحقق في الإيمان ماحو المضارفات بين الناس لا ما اصطلاح عليه الفقهاء .

وقيل في عرفنا يقع على الورق (وإن حلف على الورد فاليمين على الورق) لأنه حتمية فيه والعرف مقرر له ، وفي البنفسج قاض عليه .

والصوت إنما هو للديك ، وفي الحديث « في خمس من الإبل شاة » وعن أبي يوسف البقرة : لا تناول الثور وليس بذلك ، والثور والكشي والديك للذكر ، والبرذون للجمعي ، والبقر لا يناول الجاموس العرف . حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منها حث ، وإن لم يذكر حرف النفي فقال لا أفعل كذا وكذا فكذلك يحنث . حلف لا يأكل مما يحجي به فلان فجاء بمحصن فطبخ فأكل من مرقه وفيه طعم الحمص حث ، ذكرها في فتاوى قاضيخان . وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه أنه لا يحنث أن يقيد بما إذا لم يجد طعم اللحم . حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء وشرب قياه لا يحنث . قال لعبد إن سقيت الحمار فأنت حر فذهب به فضاء فلم يشرب عتق لأنه سقاه لكنه لم يشرب . حلف لا يشرب عصيرا فحضر عتق في حلقه لا يحنث ، وأو عصره في كفه فحساه حث ، أما لو قال لا يدخل حلقى حث فيها . وفي الفتاوى : هذا في عرفهم ، أما عرفنا فينبغي أن لا يكون حاثا لأن ماء العنب لا يسمى عصيرا في أول ما يعصر . حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق والدار حافظ فهي معلورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسور الحائط . قال الفقيه : وبه تأخذ . قال الصبر الشهيد : فرق بين هذا وبين ما لو قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فأمرأته طالق فبعد ومنع من الخروج فإنه يحنث . ولو قال لأمرأته وهي في بيت والدار إن لم تحضري الليلة ففعلها الولد من الحضور منع حسيا حث . قال الصبر الشهيد : هذا في فتاوى الفضل ، وذكر بعد هذا أنه لا يحنث ، قال : والأصح أنه يحنث ، ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل ، وذلك لأن الشرع قد يجعل الموجود معلوما بالعلم كالإكراه وغيره ، ولا يجعل المعلوم موجودا وإن وجد العلم به . يعني وقد أكرهت على السكنى وهو فعل ، والمكره على الفعل لا يضاف الفعل إليه فلا يحنث ، وقد صرح بجواب الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل فيمن قال إن لم أخرج من هذه الدار اليوم ففقد الخالف ومنع أياما أنه يحنث وهو الصحيح . وفي الخلاصة : لو قال لأمرأته إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلا فهي معلورة حتى تصبح . ولو قال الرجل لم يكن معلوما بالصحيح إلا تخوف لمن وغيره وهذا ما سلف الرعد به . كل عبد لي حر وله عبد بيته وبين غيره لا يحنث لا نصرا له إلى التام ، ومثله لا تأكل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو أكل منه ، ويعتق عبده المأذون وإن كان عليه دين ، ولا يعتق عبده المأذون عند أبي حنيفة إذا كان عبده مستغرقا كسبه وربيته بالدين وإن نوى المولى عتقهم ، وإن لم يكن عليه دين إن نواه عتق وإلا فلا ، وعند أبي يوسف إن نواه عتق وإلا فلا كان عليه دين أولا . وقال محمد عتقوا جميعا في الأحوال كلها . قال لغیره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فإن لم يفعل

(وقيل في عرفنا يقع على الورق، وإن حلف على الورد فاليمين على الورق، لأنه) أى الورد (حقيقة فيه) أى فى الورد (والعرف مقرر له) أى لوقوع اليمين على الحقيقة: يعنى أن اسم الورد على الورد حقيقة، وفى العرف أيضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررًا للوقوع على الحقيقة (وفى البنفسج قاض عليه) أى غالب راجح: يعنى أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعى لأجل دهنه، ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عيته إلى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا فى اسم البنفسج على حقيقةه

المخاطب حنث وإن أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شيء على واحد منهما إذا لم يفعل . ولو قال لغيره أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالخالف هو المبتدئ إلا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضا . ولو قال عليك عهد الله إن فعلت فقال نعم فالخالف المحبب ولا يمين على المبتدئ وإن نواه . اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو أقل من من وحلفت عليه فقال إن لم يكن منا فأنت طالق فإنه يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة . حلف لا يأكل من خبز ختنه فاسفر الختن وخاف لامرأته دقيقا نفقة فأكل منه حنث لأنه باق . على ماكه . قال القاضي الإمام : هذا إذا لم يفز قدره لكن قال لها كل من دقيقي بقدر ما يكفيك ، أما إذا أفرز قدره من البقيق وأعطاه إياه صار ماكها فلا يحنث . قال في الخلاصة : وفي الفتاوى : حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الخالف لا يحنث لأن كلا منهما آكل من مال نفسه في العرف ، وفيه نظر . قال : قلت للقاضي الإمام : لو كان أحد الشركاء صبيا لا يجوز هذا ، ولو كان كل واحد آكل من مال نفسه ينبغي أن يجوز ، قال : نعم استصوبني ولكن لم يصرح بالخلاف اهـ . وأقول : الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لاحقيقة ، وعلى العرف تبقى الأيمان فلم يحنث ، وعدم جواز التناهد مع الصبي لأغلب غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي أيضا . وفي الخلاصة : حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل خبزنا بينه وبين فلان يحنث . وقال في مجموع النوازل : لا يحنث لأنه أكل حصته . ولو حلف لا يأكل من مال فلان مات فلان وهو وارثه فأكل إن لم يكن له وارث سواء أو كان فأكل بعد القسمة لا يحنث وإلا حنث . ولو حلف لا يأكل رغيفا لفلان فأكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث . في مجموع النوازل : وكذا دار بين أختين قال زوج إحدىهما إن دخلت إلا في نصيبك فأنت طالق وهي غير مقسومة فتدخلت لا يحنث لأنها مداخلت في غير نصيبها . ولو حلف لا يدخل دارا لفلان فتدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث . ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره يحنث لأن نصف الأرض يسمى أرضا ونصف الدار لا يسمى دارا . ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث . ولو اشترى بدارهم مشتركة بينهما لم يحنث . ولو حلف لا يأكل من مطبخ فلان فأكل مما يطبخه مع غيره حنث . ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فأكل من قدر مطبخه فلان لم يحنث . وفي الأصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث إلا إذا نوى شراءه وحده . بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لأن الثوب اسم لكل فلا يقع على البعض . ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فتدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث . وفي مجموع النوازل : امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها إكرار زردا يكي تو بحرم فأنت طالق فوهبت من آخر فأكل الخالف يحنث . قال صاحب الخلاصة : وعلى قياس ما يأتي ينبغي أن لا يحنث . صورتها في الفتاوى : حلف لا يأكل من ثمن غزل فلاته فباعته غزها وهبت الثمن لابنها ثم وهبت الابن للخالف فاشترى به شيئا فأكله لا يحنث . قال وهذا أصح من الأول . وفي الجامع الصغير : لو قال إن أكلت اليوم إلا رغيفا أو إن تغديت برغيف فصبدي حر فأكل رغيفا ثم أكل بعده تمرا أو فاكهة حنث . وفي فتاوى قاضيه خان : حلف لا يأكل اليوم إلا رغيفا فأكل رغيفا مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حائثا لأن الاستثناء يقتضي المجانسة

المعنى المطلوب ، وهذه الأشياء لاتجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الأكل وهذا خلاف الأول . ولو قال إن أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة . وفي الفتاوى : حلف لا يأكل هذه الخبائية التي فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الأكل بيع فباع النصف لا يحنث . ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا في البيضتين . ولو حلف لا يأكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فأكل بعضه قال أبو بكر الإسكاف : إن كان شيئا يمكنه أن يأكله كله في مرة لا يحنث بأكل بعضه . وقال بعضهم : إذا أكل بعض ما لا يمكن أن يأكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح . وقال محمد : كل شيء يأكله الرجل في مجلس واحد أو يشربه في شربة واحدة فالخاف على جميعه لا يحنث بأكل بعضه ، لكن في الفتاوى للقاضي : حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقي منه شيء يسير يحنث ، فإن نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يصلق في القضاء فيه روايتان اهـ . وكان المراد أن يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال إلا أن فلانا أكل جميع الرغيف لقلة المترك وإلا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع أنه إذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث بأكل البعض . وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف على حرام حنث بأكل لقمة منه . قال في فتاوى قاضيهان : قال مشايخنا : الصحيح أنه لا يكون حائثا ، لأن قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا أأكل هذا الرغيف . ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض . قال إبراهيم : سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فله على أن أتصدق ببرهم فأكل فطليه في كل لقمة من اللحم في كل نفس من الماء درهم . حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكاهما إلا أن ينوي الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما ، أما لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية اين دوكس بھون نكويم ونوى واحدا لاتصح نيته ، ذكره في الهبط . قال : وينبغي أن تصح لأن المثني يذكر ويراد به الواحد ، فإذا نوى ذلك وفيه تغليب على نفسه يصح اهـ . فهو مقيد بما إذا كان فيه تغليب على نفسه . ولو قال فلانا أو فلانا حنث بأحدهما ، وكذا لو قال فلانا ولا فلانا ، وفي مجموع النوازل : لا أكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام ، ولو قال لا أكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام . حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئا قال محمد بن سلمة : يحنث لأن المقصود من هذا العيمن الامتناع عن جميع المأكولات ، وقال غيره : لا يحنث في يمينه إلا أن ينوي جميع المأكولات والمشروبات ، أما لو قال بالفارسية فلا شاك في تناول المأكول والمشروب . حلف لا يتفلسل من امرأته من جنباتها فجاءها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وإن لم يتفلسل لأن العيمن انعدت على الجماع كناية . ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضا إذا اغتسل لأنه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث ، كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث . ولو حلف لا يخل تكبه على امرأته إن أراد أنه يجامع صبح وهو مول ، وإن لم يرد إن فتح سراويله ليلول ثم جامعها لا يحنث ، لأن فتح سراويله عايبا أن يفتح لأجل جماعها ، وإن فتح لجماعها ولم يجامع قالوا : ينبغي أن يكون حائثا لوجود شرط الحنث . ولو حلف لا يخل تكبه في الغربة فجاء من غير حل التكة إن نوى عين حلها لا يحنث وصدق قضاء ، وإن لم ينو يحنث ، ونحو هذا قوله إن اغتسلت من الحرام فأتقن أجنبية فأنزله قالوا يرجئ أن لا يكون حائثا ويكون يمينه على الجماع . وعلى هذا الأصل لو حلفت لاتفلسل رأسها من جنباتها زوجها فجاءها بكرهه قال الأصمغاري :

كتاب الحدود

أرجو أن لا تبحث . قال الفقيه أبو الليث : لأن قولها كتابة عن الجماع ، فإذا كانت مكروهة عليه لا تبحث . ولو قال لها عند إرادته الجماع إن لم تتمكني أو لم تلخني معي في البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة إن كان بعد سكون شهوته حنث وإلا لا . وفي الجامع الكبير : حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيها دون الفرج لا يبحث ، فإن قال عنت فيها دون الفرج يبحث بهما . ولو قال لامرأته إن فعلت حراما في هذه السنة فأنت طالق ثلاثا فهذا على الجماع . فإن علمته بأن فعله بمعاينتها بتدخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكة له ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لأنه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت إلا بذلك ، ولو أقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه ، فإن جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بيينة فحلفته عند الحاكم ، فإن حلف وسعها المقام معه . قلت : فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما إذا حلفت أنه طلقها ثلاثا يقينا ثم أنكر فلأنها لا يمكنه أبدا ، وإذا لم تستطع منعه عنها لما أن تسعه . ولو قال لها بالفارسية اكوتو باكسي حرام كنه فأنت طالق فأبانت فجامعها في العدة طلقت عندها لأنها يعتبران عموم اللفظ ، وأبو يوسف يعتبر الغرض ، فعل قياس قوله لا يبحث فلا تطلق وعليه الفتوى ، ذكره في الخلاصة وغيرها . ولو قال الآخر إن فعلت فلم أفعل قال أبو حنيفة : إن لم يفعل على فور فعله حنث . حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ، ففي البالغ لا يبحث لأن معرفة البالغ كذلك ، ويبحث في الصغير ، وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فأخرجته إلى جاره له ولم يسمه بعد فراه إجماعاً ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبي يبحث . ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلفت أنه لا يعرفها لا يبحث ، وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يبحث إلا أن يعنى به معرفة وجهه فيبحث لأنه شد على نفسه . ولو حلف لا يفعل مادام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يبحث . حلف لا ترك فلانا يفعل . كذا كلاماً ير أو لا يذهب من هنا أو لا يدخل يبر بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمر أطاعه أو عصاه ، والله تعالى الموفق للصواب .

(كتاب الحدود)

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا إلى بيان الأحكام بتسريع ، ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان

(كتاب الحدود)

لما فرغ من ذكر الأيمان وكفارتها الناشئة بين العبادة والعقوبة أورد عقوبات العقوبات المحضة . وعما سن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والأعراض والأموال سالمة عن الابتذال . وأما سببها فسبب كل منها ما أغضب إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما . وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الأصيل

(كتاب الحدود)

(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أغضب إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول : في العبارة نوع ركائفة

إزالة الخلود الصوم أوجه لاشبهاله على بيان كفارة الإفطار المذهب فيها جهة العقوبة حتى تدخلت على ما عرف ، بخلاف كفارة الأيمان المذهب فيها جهة العبادة ، لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الخلود ثم الحج ، فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالأجنبي ما يبعد بين الأخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك ، لكنه قال « بنى الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله ، والحديث ، ثم خماس الخلود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنا ، لأن الفقيه وغيره يستوى في معرفة أنها للامتناع عن الأفعال الموجبة للفساد ، ففي الزنا ضياع الذرية وإماتتها معنى بسبب اشتباه النسب ، ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ، ولذا نذب عموم الناس إلى حضور حدة ورجه . وفي باقي الخلود زوال العقل وإفساد الأعراس وأخذ أموال الناس وقبح هذه الأمور مركز في العقول ولذا لم تبع الأموال والأعراس والزنا والسكر في ملة من الملل وإن أبيع الشرب ، وحين كان فساد هذه الأمور عاما كانت الخلود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص ، فإن حقوقه تعالى على الخلوص أبدا تفيد مصالح عامة ، ولذا قال المصنف : والمقصود من شرعيته للانزجار عما يتضرر به العباد والعبادة المشهورة في بيان حكمة شرعيها الزجر إلا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف إلى قوله الانزجار ، إلا أن قوله والطهارة ليست بأصلية إلى آخره : أي الطهارة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضا من شرعيها لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الأصل من الانزجار وهو خلاف المذهب ، فإن المذهب أن الحد لا يعمل في سقوط إثم قبل سببه أصلا ، بل لم يشرع إلا لتلك الحكمة ، وأما ذلك (١) فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره « إن من أصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ، ومن أصاب منها شيئا فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه » واستدل الأصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق - ذلك - أي القتل والصلب والثني بأن - لم يخزى في الدنيا ولم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا - فأعبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية ، إلا من تاب فإنها حينئذ تسقط عنه العقوبة الأخروية . وبالإجماع للإجماع على أن التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ، ويجب أن يحمل الحديث على ما إذا تاب في العقوبة لأنه هو الظاهر ، لأن الظاهر أن ضربه أو رجحه يكون معه توبة منه للوقوع بسبب فعله فيقبل به جمعا بين الأدلة وتبديد الظني عند معارضة القطعي له متعين ، بخلاف العكس ، وإنما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهارة فأداه بعبارة غير جيدة ، ولذا استدلل عليه بشرعيته في حق الكافر ، ولا طهارة في حقه من الذنب بالحد : يعني أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه إن وجد . ولم تتحقق في حقه لأن التوبة عبادة وهو ليس من أهلها . وأما من يقول إن الحد بمجردة يسقط إثم ذلك السبب الخاص الذي حد به ، فإن قال إن الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج إلى دليل صمي في ذلك إذ السمع إنما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه ، فإذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار القاتل لها إذا حد بمنزلة ما إذا لم يفعلها فلا يضم إلى عذاب الكفر عذاب تلك

من شره وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب .

(١) قول الكمال وأما ذلك أي كون الطهارة مقصودة من الحد قصدا تبها الزجر كذا يهاشم اه .

قال : الحد لغة : هو المنع ، ومنه الحداد للبواب . وفي الشريعة : هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير . والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد ، والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر .

المعصية إذا حد بها الكافر إلا أن يدل دليل بمعنى على ذلك ، وأما الاستدلال على عدم كون الحد مستقلاً بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشيء . لجواز التكفير بما يصيب الإنسان من المكروه والله أعلم .

ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده : أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه (قوله الحد لغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان :

إلا سليمان إذ قال الإله له قم في البرية فاحدها عن الفتنة

وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه ، كلما ذكره الأعمى في شرح ديوانه ، وكل مانع شيء فهو حادث له ، وحداد إذا صيغ للمبالغة . ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وإن كان البيت الذي استشهد به لا يفيد ، وهو قوله :

يقول لي الحداد وهو يقودني إلى السجن لا تجزع فما بك من بأس

فإنه لا يلزم كون القاتل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله إليه فإنه حداد له إذ منعه من الذهاب إلى حال سبيله ، وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الأعشى :

فقدنا ولما يصبح ديكنا إلى جونة عند حدادها

وسمى أهل الاصطلاح المحدث للماهية حداً لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدارنياتها لمنعها عن دخول ملك الغزير فيها وخروج بعضها إليه . وفي الشرع قال المصنف : هو العقوبة المقررة حقاً لله ، فلا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ ، وهذا لأن المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا الاصطلاح هو المشهور . وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الأخير فيسمى القصاص حداً . فالحد هو العقوبة المقررة شرعاً ، غير أن الحد على هذا قسمان : ما يصح فيه العفو ، وما لا يقبل . وعلى الأول الحد مطلقاً لا يقبل الإسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم ، وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فلنأخذ طلب ترك الواجب ، ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في الخزومية التي سرقت فقال « أشفع في حد من حدود الله » وأما قبل الوصول إلى الإمام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه ، ومن قال به الزبير بن العوام وقال : إذا بلغ إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا ، وهذا لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت ، فالوجوب لا يثبت

وقوله (الانزجار عما يتضرره العباد) يريد به إفساد القرش وإضاعة الأنساب وإتلاف الأعراض والأموال ، وكلامه يشير إلى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلي يتحقق بالنسبة إلى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد . وغير أصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة إلى من يجوز زوال الذنوب عنه بالنسبة إلى الناس كافة ، ولهذا شرع في حق الكافر الذي ولا يظهر عن ذنبه بإجراء الحد عليه .

قال (الزنا يثبت بالبينة والإقرار) والمراد ثبوته عند الإمام لأن البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار لأن الصلوق فيه مرجع لأسبابها فيا يتعلق بثبوته مضرة ومعة ، والوصول إلى العلم القطعي متعذر ، فيكتفى بالظاهر .

بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والإقرار) ابتداءً بعد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى ، بخلاف السرقة فإنها لا تكثر كثرة ، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية ، والزنا مقصور في اللغة القصحي لغة أهل الحجاز التي جاء بها القرآن ، قال الله تعالى - ولا تقرّبوا الزنا - وتمدد في لغة نجد ، وعليها قال الفرزدق :

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخمر طوم يصيب مسكراً
بفتح الكاف وتشديدها من التكسير . والخمر طوم من أساء الخمر . قال : والمراد ثبوته عند الحكماء ، أما ثبوته في نفسه في إيجاد الإنسان للفعل ، لأنه فعل حسي . وسيدكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك تكلم عليه . وخص بالبينة والإقرار لنفي ثبوته بعلم الإمام ، وعليه جماهير العلماء ، وكذا سائر الحدود . وقال أبو ثور ونقل قولاً عن الشافعي أنه يثبت به وهو القياس ، لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام . قلنا : نعم . لكن الشرع أهلك اعتباراً بقوله تعالى - فإذا لم يأتوا بالشهادة فأولئك عند الله هم الكاذبون - ونقل فيه إجماع الصحابة ، وقول المصنف لأنها دليل ظاهر لتعليل للواقع من التصوُّص الدالة على ثبوته بالبينة والإقرار فإنها يثبت بها غير مفتقر إلى هذا المعنى . وحاصله لما تعلق القطع اكتفى بالظاهر ، وهو في البينة وفي الإقرار أظهر لأن الإقرار بسبب الحد يستلحق مضرة في البدن ومعة في العرض توجب نكابة في القلب فلم يكن

قال (الزنا يثبت بالبينة والإقرار) الزنا يحد ويقصر ، فالقصر لغة أهل الحجاز ، والمحد لأهل نجد . قال الفرزدق :

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخمر طوم يصيب مسكراً
يفاعب رجلاً يكتى أبا حاضر ، والخمر طوم الخمر ، والمسكر بفتح الكاف الخمر . وتفسيره في الشرع قضاء المكاتب شؤبهته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لاشبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك . واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا ، ولهذا يثبت به الفصل ، والمكلف ليخرج الصبي والمجنون ، والمراد بالملكين ملك النكاح وملك العيين وبشبهة ملك النكاح ما إذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاه وما أشبهه ، وبشبهة ملك العيين ، ما إذا وطئ جارية ابنة أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون ، وبشبهة الاشتباه ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها محل له . والزنا يثبت بالبينة والإقرار . قال المصنف (والمراد ثبوته عند الإمام) وإنما قال كذلك لأن الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعله ما ويتحقق في الخارج وإن لم يكن هناك لبينة ولا إقرار ، وإنما انحصر في ذلك لأنه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لأنه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى - فإذا لم يأتوا بالشهادة فأولئك عند الله هم الكاذبون - وقوله (معة ومضرة) المضرة ضرر ظاهر على

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول : تفسير الزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجب (قوله وشبهتهما الخ) أقول : ليم الزنا الذي لا يوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول : تعريف زنا المرأة (قوله إشارة) أقول : وجه الإشارة مستور .

قال (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى - فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - وقال الله تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء - وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته « اثبت بأربعة يشهدون على صديق مقاتلك » ولأن في اشتراط الأربعة يتحقق معنى السر وهو مندوب إليه والإشاعة ضده

الإقدام عليه إلا مع الصديق دفعا لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد إن لم يتب وقصدا إلى تحقيق النكايه لنفسه إذ ورطته في أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا ، خلافا للشافعي ، هو يقول هو منهم ونحن نقول التهمة ماتوجب جرّ نفع ، والزواج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش ، خصوصا إذا كان له منها أولاد صغار ، وإنما كانت الشهود أربعة لقوله تعالى - فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - وقال تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء - وأما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذي قذف امرأته بالزنا : يعني هلال بن أمية « اثبت بأربعة يشهدون على صديق مقاتلك وإلا فحدّ » في ظهرك « فلم يحفظ على ما ذكر ، والذي في البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال « البينة وإلا فحدّ » في ظهرك « نعم أخرج أبو يعلى في مسنده : حدثنا مسلم بن أبي مسلم الجرمي ، حدثنا محمد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال : « أول لعان كان في الإسلام أن شريك بن صمصاء قذف هلال بن أمية بامرأته ، فرفضته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : أربعة شهود وإلا فحدّ » في ظهرك « والمسئلة وهي اشتراط الأربعة قطعية مجمع عليها . ثم ذكر أن حكمة اشتراط الأربعة بتحقيق معنى السر المنسوب إليه ، واقتصر عليه لنفي قول من قال إن حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة ، أما أن فيه تحقيق معنى السر فلأن الشيء كلما كثرت شروعه قل وجوده ، فإن وجوده إذا توقف على أربعة ليس كوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء . وأما أنه مندوب إليه فلما أخرج البخاري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ، ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » وأخرج أبو داود والترمذي عن عتبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « من رأى عورة فسترها كان كمن أحمى موعودة » وإذا كان السر مندوبا إليه ينبغي أن تكون الشهادة به بخلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة التدب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته

البدن ، والمعرفة ضرر يتصل ببدنه ويسرى إلى باطنه من لحوق العار بانتسابه إلى الزنا . وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر . وقوله (ولأن في اشتراط الأربعة تحقيق معنى السر) احتراز عن قول من يقول إنما اشترط الأربع لأن الزنا لا يتم إلا باثنين ، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين فإنه ضعيف ، لأن فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين ، وإنما الصواب أن الله تعالى أحب السر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى السر . وقوله (وهو) أي السر (مندوب إليه) قال صلى الله عليه وسلم « من أصاب منكم من هذه الغافورات شيئا فليستر بسر الله » وقال « من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة » (والإشاعة ضده) أي إظهار الزنا ضد ستر الزنا ، فكان وصف الإشاعة على ضد وصف السر لاحتالة . ثم لما

(وإذا شهدوا سلم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى ؟) لأن النبي عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن الزنية ،

والتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن المطلوب الشارع إخلاء الأرض من المماصى والفواحش بالمخطابات المقتضية لذلك ، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم ، فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال بقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الخلود ، بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب سر الشاهد . وقوله عليه الصلاة والسلام لزال في ماعز « لو كنت سترته بربك » الحديث ، وسيأتي كان في مثل من ذكرنا ، والله سبحانه أعلم . وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضى وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها . وأما أن المختار في الحكمة ما ذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة . كما لو شهدوا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه ، فلمعول عليه ما ذكره المصنف (قوله وإذا شهدوا بالزنا سلم الحاكم) عن خمسة أشياء (عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الأشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن الزنية ، ولأن الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعى مقتصر على اثنين منها . فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد . فإن قيل : الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز ؟ فالجواب أن علة استفساره بينهما ثابتة في الشهود كما تستمع فوجب استفسارهم . أما أنه استفسره عن الكيفية فقيا أخرجه أبو داود والسنائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال « جاء الأسلمى نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل في الخامسة فقال : أنكها ؟ قال نعم ، قال : حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ، قال نعم ؟ قال : كما يغييب المروء في المكحلة وكما يغييب الرشاة في البئر ؟ قال نعم ، قال : فهل تدري ما الزنا ؟ قال : نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا ، قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرنى ، فأمر به فرجم ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذى ستر الله عليه فلم تلحه نفسه حتى رجم رجم الكلب ، فسكت حينما ، ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال : أين فلان وفلان ، فقالا : نحن ذاك يارسول الله ، فقال : اتزلا فكلما من جيفة هذا الحمار ، فقالا : ومن يأكل من هذا يارسول الله ؟ قال : فما نلتما من عرض أنهيكما ؟ فما أشد من الأكل منه ، والذى نفسى بيده إنه الآن لى أنهار الجنة يتغمس فيها » وأما استفساره عن الزنية فقيا أخرجه أبو داود عن يزيد بن نعم بن هزال عن أبيه قال : « كان ماعز بن مالك في حجر أبى فأصاب نجارية من :

كان السر أمرًا مندوبا إليه كانت الإشاعة أمرًا مأموما (وإذا شهدوا سلم الإمام عن الزنا ما هو) احتراز عن الغلط في الماهية (وكيف هو) احتراز عن الغلط في الكيفية (وأين زنى) احتراز عنه في المكان ومتى زنى احتراز عنه في الزمان (وعن الزنية) احتراز عنه في المفعول به ، ويدل على وجوب السؤال عن هذه الأشياء النقل والعقل أما الأول فما روى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا إلى أن ذكر الكاف والتون : يعنى كلمة نكت

(قوله وإذا شهدوا سلم الإمام عن الزنا) أقول : أنت غير بأن سؤال الإمام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب للردء الخ ، وإنه لا يلقى لفظ في المكان والزمان هنا فامل (قوله إلى أن ذكر الكاف والتون) أقول : يعنى إلى أن ذكر الحائز الكاف والتون

ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عمام غير الفعل في الفرج عنه أو زنى في دار الحرب أو في المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود

الحى ، فقال له أبى : ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك . قال : فأثام فقال : يا رسول الله إني زنت فأقم على كتاب الله ، فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات ، فقال عليه الصلاة والسلام : إنك قد قلتها أربع مرات ، فبمن ؟ قال بفلاتة . قال : هل ضاجعتها ؟ قال نعم ، قال : هل باشرتها ؟ قال : نعم ، قال : هل جامعتها ؟ قال : نعم ، فأمر به أن يرجم ، فأخرج إلى الحرة ، فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقبه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف يعير قرماه به فقتله ، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : هلا تركموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه « ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه « فأمر به أن يرجم فرجم ، فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعيره فأصاب رأسه فقتله ، وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فما قال لأنه صاه غير الفعل في الفرج عنه بأن ظن بماسة الفرجين حراما زنا ، أو كان يظن أن كل وطء عرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا ، فلهذا الاحتياط سأله عن الزنا ما هو ، ولأنه يحتمل كونه كان مكروها ويرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه ، كما روى عن أبى حنيفة فيشهد به فلهذا سأله عن كيفية . وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزنى نفسه ، ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى في دار الحرب وليس فيه حد « صدنا فلهذا سألهم أين زنى ، ويحتمل كونه في زمان متقادم ولا حد فيه إذا ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا سألهم متى زنى ، وحد التقدّم سيأتى ، ثم يحتمل كون الزنى بها بمن لا يحذب زناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل هؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت في بيت أحدهم كوة يبسوا منها للنظر ما في بيت المغيرة ، فاجتمعوا عنده فشهدوا ، وقال المغيرة : والله ما أتيت إلا امرأتى ، ثم إن الله تعالى حذره عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيت كالميل في المكحلة فحد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يحده لأنه مناسب إليه الزنا ، بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد . وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضى الله عنه ثم سالم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما ، وأبى أبو بكر أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وغاد مثل العضو من العبادة أه . فلهذا سألهم عن الزنى بها من هي ، وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزانى بها من هو ، فإن فيه أيضا الاحتياط المذكور وزيادة ، وهو جو از كونه صنيا أو مجنونا إن مكنت أحدهما فإنه لا يجب عليه في ذلك حد « على قول أبى حنيفة ، ولو سألهم فلم يزلوا على قولهم أنهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يدكروا ما ينفى كون مذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزانى بالزنا ، بخلاف ما لو وصفوه

لكونه صريحا في الباب والباقي كناية ، وأما العقل فلأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه قد كان الفعل في غير الفرج عنه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفية موجودة ، أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد ، أو في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد ، أو كان له في الزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياالا للدرء ، فإذا بينوا ذلك وقاتلوا وأثناه وطلتها في فرجها بيانا لمطاميته والزنى بها كالميل في المكحلة بيان كيفية وسأل القاضى عنهم فعدلوا في السر والعلاية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العبالة احتيالا للدرء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك « وقال « ادعوا الحدود ما استطعتم » بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة حيث اكتفى

كوطه جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياطا للدرء (فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيتاه وطئها في فرجها كالليل في المحلحة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلاية حكم بشهادتهم) ولم يكف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء ، قال عليه الصلاة والسلام وادعوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة . وتعديل السر والعلاية بينه في الشهادات إن شاء الله تعالى . قال في الأصل : يحبس حتى يسأل عن الشهود للالتزام بالختاية

بغير صفته فإنهم يحدون ، وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقولون . وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صلق مقاتله يسقط به الحد عندنا ، بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فإن الشهادة على الزنا قذفت ، لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قلعا ، فلما لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قلعا فيحدون . ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد ، وما وقع في أصل المسووط أن الرابع لو قال إنه زان فستل عن صفته فلم يصفه أنه يحد حل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة (قوله وإذا بينوا ذلك وقالوا رأيتاه وطئها في فرجها كالليل في المحلحة) وهي بضم الميم والحاء ، وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة . وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر ، بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء علمتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة ، والعلاية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بموجب حده ، وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات ، وبني شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ، وتقل في اشتراط العلم بحرمه الزنا إجماع الفقهاء ولم يكف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة في الأموال احتيالا للدرء . ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت إيجاب الدرء ما أمكن استدلال عليه بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم وادعوا الحدود ما استطعتم ، ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام قال وادعوا الحدود من المسلمين ما استطعتم ، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير إن يخطئ في العقوبة ، قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد وي زيد ضعيف . وأستند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب ، ومصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به . قال البيهقي : والموقوف أقرب إلى الصواب ، ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد يجمع عليه وهو أقوى ، وكان ذكر هذه ذكرنا لمستند الإجماع . وإعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لأن علمه يفنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى ، ولولا ما ثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا في إقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحدّه بعلمه ، لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود إهدار علمه بعنالتهم فوجب اعتباره (قوله قال في الأصل) أي قال إذا وصف الشهود الأشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا

فيه بظاهر العدالة وهو الإسلام ، وتعديل السر والعلاية يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى . قال في الأصل (يحبس حتى يسأل عن الشهود) لأنه لو خطئ سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فبا بني على الدرء ، فإن قيل : الاحتياط في المجلس أظهر . أجب بأن يحبس ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التمييز للالتزام بالختاية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة (قوله أجب بأن يحبس ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التمييز) أقول : ولا يخفى عليك أن المستند في تعديل المجلس بقوله لأنه لو خطئ سبيله هرب هو أن يكون المجلس احتياطيا لا تمييزا لغيره .

وقد حيس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالهمة ، بخلاف الديون حيث لا يجيب فيها قبل ظهور العدالة ، وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى . قال (والإقرار أن يقرّ البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضي) فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد . واشتراط الأربع منهبتا ، وعند الشافعي يكفي بالإقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق ، وهذا لأنه مظهر ، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة . ولنا حديث ماعز فإنه عليه الصلاة والسلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس ، فلو ظهر بما دونها لما أخرها

إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه منهم وقد يهرب ، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما ينسرى بالشبهات . فإن قيل : الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل . أجب بأن حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزيز له لأنه صار هتما بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد . وحبس المتهمين تعزيزا لهم جائز ، بخلاف ما إذا شهدوا بالدين لا يجنب المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لأن أقصى المقويات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق . بخلاف ما هنا فإن بعد الثبوت عقوبته أغلظ . وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق . وأما قوله حيس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالهمة ، فأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن يزي بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في همة ، زاد الترمذي والنسائي ، ثم خلى عنه ، حسنه الترمذي وصححه الحاكم ، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عمارك بن مالك قال : « أقبل رجلان من بني خفار حتى نزلوا بضججنا من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم ، فأصبح الغطفانيون وقد فقلوا بعيرين من إبلهم واتهموا الغفاريين ، فأثروا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال الآخر : اذهب فاقسم فلم يأت إلا يسيرا حتى جاء بهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين : استغفر لي ، فقال : غفر الله لك يا رسول الله ، فقال عليه الصلاة والسلام : ولك وقتلك في سبيله ، قال : فقتل يوم الجمعة » (قوله والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينة لأنه المذكور في القرآن ، ولأن الثابت بها أقوى حتى لا ينطع الحد بالقرار ولا بالتقادم ، ولأنها حجة متعددة والإقرار قاصر ، ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذب ، ولذا قلنا لو أقر الآخر بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة ، وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته ، بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه ، وكذا الخصى والعين . وكذا لو أقر فظهر بخبريا أو أقرت فظهرت رقعة . وذاك بأن تغير النساء بأنها رتقاء قبل الحد ، وذلك لأن إخبارهن بالرق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة ينسرى الحد . ولو أقر أنه زنى بغير ساء أو أقرت أنها زنت بأخرى لاحد على واحد منهما . واختلف في اشتراط تعدد الإقرار فنفاه الحسن وحماة بن أبي سليمان ومالك والشافعي وأبو ثور ، واستدلوا بحديث الصيف حيث قال فيه « وأخذ

والفرق بينه وبين المديون سيأتي إن شاء الله تعالى . قال (والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ) صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار فكذلك وهنا . وقوله (بخلاف زيادة العدد في الشهادة) يعنى أنها تفيد زيادة في طمأنينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك !

يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يقل أربع مرات ، ولأن الغامضية لم تقرّ أربعاً وإنما ردّ ماعزاً لأنه شك في أمره فقال له أبك جنون . وذهب كثير من العلماء إلى اشتراط الأربع . واختافوا في اشتراط كونها في أربعة مجالس من مجالس المقر ، فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد فيها ذكر عنه ، واكتفوا بالأربع في مجلس واحد . وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبي هريرة قال : « أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال : يا رسول الله إني زنيت ، فأعرض عنه ، فتنحى تلقاه وجهه فقال : يا رسول الله إني زنيت ، فأعرض عنه حتى بين ذلك أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال : لا ، قال : هل أحصيت ؟ قال : نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : اذهبوا به فارجموه ، فرجمته بالمصل ، فلما أدلته الحجارة هرب ، فأدركته بالحرّة فبرجته » فهذا ظاهر في أنه كان في مجلس واحد . قلنا : نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في إعادتها في مجالس ما في صحيح مسلم عن أبي بريدة « أن ماعزاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فردّه ثم أتاه الثانية من الغد فردّه ثم أرسل إلى قومه فسألهم هل تعاملون بعقله بأساً ؟

ولنا حديث ماعز « فإنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت فطهرني ، فأعرض عنه ، فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه ، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه ، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك ، فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم : الآن أقمرت أربعاً فبمن زنيت قال بفلاتة ، قال لعلك قبلها لعلك بأشربها ، فأبى إلا أن يقرّ بصريح الزنا ، فقال أبك خيل أبك جنون ؟ وفرواية « بعث إلى أمهات فقال هل تنكرون من عقله شيئاً ؟ فقالوا : لا ، فسأل عن إحصائه فأخبر أنه محصن ، فأمر برجمه » وعن أبي بريدة قال : كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزاً لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقرّ لم يبرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفاً فيما بينهم . ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار إليه بقوله فإنه أخر الإقامة . وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر إقامة الحدّ إلى أن تمّ الإقرار أربع مرات ، فلو كان الإقرار مرة واحدة كافياً لم يؤخر لأن إقامة الحدّ عند ظهوره واجبة . وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن قال قائل : إذا لم يثبت الحدّ بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحدّ فيجب المهر ، وإذا وجب المهر لا يجب الحدّ من بعد لأن المهر والحدّ لا يجتمعان في وطء واحد . أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلّق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة ، وإنما الحكم موقوف . فإن تمت الحجة وجب الحدّ . وإن لم تمّ وجب المهر . فإن قيل : إنما أعرض النبي صلى الله عليه وسلم لأنه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لما أصرّ على الإقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خيل أبك جنون . أجيب : أما تغيير الحال فإنه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا لئيل الجنون ، وإنما قال النبي صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحدّ كما قال لعلك قبلت وطلبتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحدّ عنه ، وكما قال تاسارق أسرق ما أخاله سرق ، والدليل عليه ما زوى أن أباً بكر رضي الله عنه قال لما عزّ لما أقرّ ثلاثاً إن أقمرت الرابعة رجمك ، فثبت

(قوله « فإن قال قائل إذا لم يثبت الحدّ بإقراره (الخ) أقول : هذه معارضة .

فقالوا ما نعلمه إلا وفي العقل من صالحينا ، فأثاء الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لأبأس به ولا يعقله ، فلما كان الرابعة حفر له حفرة فخرج به ، وأخرج أحمد وإسحق بن راهويه في مستدبرهما وابن أبي شيبة في مصنفه قال : حدثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبي بكر رضي الله عنه قال « أتى ماعز ابن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرد ، ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرد ، ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرد ، فقلت له : إن اعترفت الرابعة رجعت ، قال : فاعترف الرابعة فحبسه ، ثم سأل عنه فقالوا : لا نعلم إلا خيرا ، فأمر به فرجم » فصرح بتعداد المحبي ، وهو يستلزم غيبته ، ونحن إنما قلنا إنه إذا غيب ثم عاد فهو مجلس آخر . وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال « جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن الأبعد زنى ، فقال له : ويلك وما يدريك ما الزنا فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال : أدخلت وأخرجت ؟ قال نعم ، فأمر به أن يرجم » فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس ، فوجب أن يحمل الحديث الأول عليها وأن قوله فتنحى تلقاه وجهه معلوم من قوله الأول لإقرارا واحدا لأنه في مجلس واحد . وقوله حتى بين ذلك أربع مرات : أى في أربعة مجالس فإنه لا يأتى ذلك . وقد دلت الأحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه . وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة ، فاما كون الغامدين تقرأ إلا مرة واحدة فممنوع ، بل أقوت أربعاً يدل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما ، وإنما رجعهما بعد الرابعة . فهذا نص في إقرارها أربعاً ، غاية ما في الباب أنه لم ينقل تفاصيلها ، والرواة كثيرا ما يحلفون بعض صورة الواقعة . على أنه روى الزبار في مسنده عن زكريا بن سليم : حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه فذكره ، وفيه « أنها أقوت أربع مرات وهو يردّها ، ثم قال لها : اذهبي حتى تلدى » الحديث غير أن فيه مجهولا يتميز بهالته بما يشبه له من حديث أبي داود والنسائي . وأما كونه ردّ ماعزا أربع مرات كان لاسترايته في عقله ، فإن سلم لا يتوقف علم ذلك على الأربع ، والثلاثة موضوعة في الشرع لإبلاء الأعداء كمخيار الشرط جعل ثلاثا لأن عندها لا يعلم المغبون ، والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه في شبهة ، فلو لم تكن الأربعة عددا معتبرا في اعتبار إقراره لم يؤخر رجعه بعد الثالثة ، وما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليها ، وكذا الصحابة ، فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في حديث هزال « إنك قد قلها أربعاً فيمن زيت » وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال « كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحى » فقال له أبى : أفت رسول الله صلى الله عليه وسلم والحديث المتقدم . وزاد فيه أحمد . قال هشام : فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه : والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به » قال صاحب التنقيح : إسناده صالح ، ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبو نعيم ذكر في الثقات أيضا وهو يختلف في صحته . وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة : فمنها ما ذكرنا . ومنها في لفظ لأبي داود عن ابن عباس « إنك قد شهدت على نفسك

لثبوت الوجوب ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد ، فكذا الإقرار إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى السر ، ولا بد من اختلاف المجالس لما رويها ،

أربع مرات « وفي لفظ لابن أبي شيبة » أليس أنك قد قلتها أربع مرات « وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال له بمحضته صلى الله عليه وسلم « إن اعترفت الرابعة رجلك « إلا أن في إسناده جابرا الجعفي ، وكونه روى في الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوى ، وإلا فلا شك أنه أقر أربعاً . وقوله في ذلك اللفظ « شهدت على نفسك » يؤنس منه أنه اعتبر الإقرار بالشهادة ، فكما أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعاً على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في إقراره إزالا لكل إقرار منزلة شهادة واحد ، ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه ، وإذن فقوله في حديث العسيف « فإن اعترفت فأرجعها » معناه الاعتراف بالمعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ، هذا ، ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار ما عز أنه رجه بعد الخامسة ، وتأويله أنه عد اتحاد الأقاير فلن فيها لإقرارين في مجلس واحد كما قلنا في الجمع فكانت خمسا . فإن قيل : يجوز كون رده ليرجع . قلنا : يلزم أن يلحقه بالرجوع ولكن في مجلس الإقرار الموجب ، ولو كان الإقرار الموجب هو الأول لقلته بعده لا أنه يطلقه مختارا في إطلاقه ليهب ، وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم ، وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله وإلا فأتى المقصود من الإيجاب ، غير أنه إذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الإقامة ، وهذا لا يوجب جواز رده وإخراجه ليهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب إلى حال سبيله وهو مصر على الإقرار ، غير أنه يقول في نفسه إن الإقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الإمام فيجلس في بيته مصرا على إقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد . وأما ما روى « أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام : أتريد أن تردني كما رددت ما عزا ؟ والله إنى لحبل من الزنا ، فليس فيه دليل لأحد بل لما قلته . قال : « أما لا فاذهي حتى تلدى ، فلما ولدت أته بصبي » فيخرقة فقالت هذا قد ولدت ، قال : فاذهي فأرضعيه حتى تنظميه ، فلما فطمته أته بالصبي » في يده كسرة خبز قالت : هذا يأنى الله قد فطمته وقد أكل الطعام ، فذفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفرها إلى صلبها وأمر الناس أن يرجوها فرجوها ، فقتل خالد بن الوليد بحجر فري رأسها فنضج الدم على وجه خالد فصبها ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه إياها فقال : مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابيت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له « وليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردّها ، غاية الأمر أنه ردها وغياها إلى ولادتها . ثم ردها إلى فطامها

وقوله (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق . وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك ، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الأخرى إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى السر ، ولا بد من اختلاف المجالس لما رويها من أنه صلى الله عليه وسلم أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس

(قال المصنف : ولأن الشهادة ، إلى قوله : لأمر الزنا) أقول : ليس فيه إثبات للتدوير بالقياس بل إثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد إذ بذلك يتم لمعجب الفائض فاعلم .

ولأن لاتحاد المجلس أثر في جمع المتفرقات ؛ فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار ، والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي ، والاختلاف بأن يرد القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يمسىء فيقر هو المروى عن أبي حنيفة ، لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا في كل مرة حتى تورى بحيطان المدينة . قال (فلذا تم لإقراره أربع مرات سألته عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فلذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء ببناء في الشهادة ، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان ، وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار . وقيل لو سألته جاز لجواز أنه زنى في صباه (فلان رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وعلى سبيله) .

لائتفاق الحال بأن تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد ، ولعلها كلما رجعت إليه يصدر منها ما هو لإقرار ، إذ لا بد أن يقع في مجلسها شيء مما هي بصدد ، هذا لو لم يكن متقدما مما يفيد أن إقرارها كان أربعا . غير أنه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في البرء اعتبر في الحكم بتعدد الأقاير بعدد مجالس المقر دون القاضي لأنه الذي به يتحقق الإقرار وبه فارقت الشهادة ، فإن الأربع فيها اعتبر في مجلس واحد ، حتى لو جامعوا في مجالس حلو لأنها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا ، بخلاف إقرار المقر فإنه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الإمكان تحقيقا للاحتياط . وأما ما قيل إن اشتراط الأربع في الشهادة لأن الشاهد بينهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصالح ممنوعة بل لأشك في الصلح وأصل التعدد ، وإنما لزم حتى لزم الاثنان لإمكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر ، ويشترط في النساء كذلك أيضا بالنص ، قال تعالى - فذكر إحداها الأخرى - غير أن المرأة إنما تخالط المرأة لا الرجل الأجنبية فلزمت الأخرى لتذكرها (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا في كل مرة حتى تورى بحيطان المدينة) لا يعرف بهذا اللفظ ، وأقرب الألفاظ إليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان أنه طرد وأخرج فأرجع إليه (قوله فلذا بين ذلك) أى على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زנית ، وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار ، وهذا السؤال لتلك الفائدة ، فلذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة . ووجه الفرق بين الشهادة والإقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا ، وهذا بخلاف سؤال بمن زנית لأنه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في بجارية ابنه . بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زנית بها فإنه يحد لأنه أقر بالزنا ، ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن إقراره أنه لا ملك له في المنزل لأنه لو كان لعرفها لأن الإنسان لا يجهل زوجته وأمنه .

(ولأن لاتحاد المجلس أثر في جمع المتفرقات ، فعنده) أى عند الاتحاد (يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار) ألا ترى إلى ما جاء في حديث ماعز من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم تعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين (والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه) في دفع الحد ، وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أى في وجوب الحد ، وقيل يعتبر مجلس القاضي ، وردّه المصنف بقوله دون مجلس القاضي . وقوله (والاختلاف بأن يرد القاضي) ظاهر . وقوله (لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار) دليلا أن التقادم في الشهادة مانع

وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى : يقيم عليه الحد لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره كما إذا وجب بالشهادة وصار كالتقصاص وحد القذف . ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الإقرار ، بخلاف ما فيه حق العبد وهو التقصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ، ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت) لقوله عليه الصلاة والسلام لما عز « لعلك لمستها أو قبلتها » قال في الأصل : وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئها بشبهة ، وهذا قريب من الأول في المعنى .

والحاصل أنه إذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها بمحد ، وكذا إذا أقر أنه زنى بفلاتة وهي غائبة بمحد استحسانا لحديث السيف أنه حده ، ثم أرسل إلى المرأة فقال : فإن اعترفت فأرجعها ، ولأن انتظار حضورها إنما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ، ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤثر إذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لأن كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا ينلئ الحد ، ولو أقر أنه زنى بفلاتة وكذبت وقالت لا أعرفه لا بعد الرجل عند أبي حنيفة ، وقالا بمحد ، وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان محد هي عندهما لا عنه (قوله وقال الشافعي : يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبي ليلى ، والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط . وعن أحمد كقولنا . وعن مالك في قبول رجوعه روايتان ، فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي ، وعلى تقديره فقله كما إذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه أنه إنكار بعد الثبوت ، كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت ، فلما سلم الحاكم الأسئلة الخمسة ونعت الحجة أنكر ، ولا ينبغي أنه تكلف . والحق أن الرجوع عن الإقرار بالزنا بعد الإقرار به محل وصحته شرعا حكم ، فيجب كون المهل الذي هو الأصل رجوعا عن إقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة . ثم في التقصاص وحد القذف : يعني لو أقر بهما ثم رجع لا يقبل ، فكذلك لا يقبل في الزنا . ولنا أن الرجوع خبر يشمل الصدق ، وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة في الإقرار السابق عليه فينلئ بالشبهة لأنه أرجع من الإقرار السابق فافهم . بخلاف ما فيه حق العبد من التقصاص وحد القذف لأن العبد يكذبه في إنجباره الثاني فيتعلم أثره في إنجباره الأول بالكلية (قوله ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لما عز « لعلك لمستها ») روى في حديث ماعز « لعلك مستها لعلك قبلتها » وعند البخاري « لعلك قبلت أو عجزت أو نظرت » وقال في الأصل : ينبغي أن يقول له : لعلك تزوجتها أو وطئها بشبهة ، والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارنا للحد ليذكره كالنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للمارق الذي يحجى به إليه « أسرت وما إنحاله سرق » .

لشبهة الحد وهي غير موجودة في الإقرار ، وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا . وقوله (كما إذا وجب بالشهادة) يعني أن الحد لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه ، فكذلك لا يبطل بإنكاره بعد الإقرار لأيهما حجتان فيه فاعتبر إحداهما بالآخرى فصار كالتقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالإقرار . وقوله (فتتحقق الشبهة في الإقرار) يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما . وقوله (وهذا قريب من الأول في المعنى) أي قوله لعلك تزوجتها أو وطئها بشبهة قريب من قوله لعلك مستها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع ، كما أنه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد .

(فصل في كيفية الحد وإقامته)

(وإذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) « لأنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحصن » . وقال في الحديث المعروف « وزنا بعد إحصان »

(فصل في كيفية إقامة الحد)

بعد ثبوت الحد تكون إقامة فذكر كيفيته (قوله وإذا وجب الحد وكان الزاني محصنا) هذا من الأحرف التي جاء الفاعل منها على مفعول بفتح العين ، يقول أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معدودة هي أسباب فهو مسبب إذا طال وأمن في الشيء ، ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب . وقيل لابن عمر : ادع الله لنا ، فقال : أكره أن أكون من المسيئين ، بفتح الهاء . والفتح بالقاء والهمزة : افتقر فهو مالفج ، الفاعل والمفعول فيه سيان ، ويقال بكسرهما أيضا إذا أفلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه إجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين ، وإنكار الخوارج الرجم باطل لأنهم إن أنكروا حجية إجماع الصحابة فجعل مركب بالدليل بل هو إجماع قطعي ، وإن أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لإنكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس بما نحن فيه ، لأن ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صورته وخصائصه . أما أصل الرجم فلا شك فيه ، ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكاشف بهم حيث قال : خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أتزلها الله ، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت البيعة أو كان الحبل أو الاعتراف ، رواه البخاري . وروى أبو داود أنه خطب وقال : إن الله تعالى يعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيها أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده . وإلى خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم في الحديث . وقال : لولا أن يقال إن عمر زاد في الكتاب لكتبها على حاشية المصحف . وفي الحديث المعزوف : أي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة وابن مسعود ، في الصحيحين من حديث ابن مسعود « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » وروى الترمذي عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال : أنشدكم بالله أتعملون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان ، وارتداد بعد إسلام ، وقتل نفس بغير حق ، قالوا : اللهم نعم ، قال فعلاهم تقتلون » الحديث . قال الترمذي : حديث حسن . ورواه الشافعي في مسنده

(فصل في كيفية الحد وإقامته)

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد ، لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فأخره ذكرها وكلامه واضح .

(فصل في كيفية الحد وإقامته)

وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم . قال (ويخرجه إلى أرض فضاء ويتبدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله تعالى عنه ، ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداهته احتياط للرد . وقال الشافعي رحمه الله : لا تشترط بداهته اعتبارا بالجلد . قلنا : كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والإهلاك غير مستحق ، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف .

عن عثمان لا يجل دم امرئ مسلم إلا من إحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » ورواه البزار والحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وأبو داود والدارمي ، وأخرجه البخاري عن فعه صلى الله عليه وسلم من قول أبي قلابة حيث قال : « والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط إلا في ثلاث خصال : رجل قتل بجريرة نفسه قتل ، ورجل زنى بعد إحصان ، ورجل حارب الله ورسوله وأرادت عن الإسلام » . ولا شك في رجم عمر وعلي رضي الله عنهما . ولا يخفى أن قول المخرج حسن أو صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند ، وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالظواهر والقبول . والحاصل أن إنكاره إنكار دليل قطعي بالاتفاق ، فإن الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا أو لفظا كسائر المسلمين ، إلا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك الرد إلى علماء المسلمين والرواة أوقعهم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ، ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لأنه ليس في كتاب الله الزمهم بأعداد الزكوات ومقادير الزكوات ، فقالوا : ذلك لأنه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون ، فقال لهم : وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرجه إلى أرض فضاء) لأن في الحديث الصحيح قال « فرجمناه » يعني معازا بالمصل . وفي مسلم وأبي داود وناطلقنا به إلى بقيع الفردة ، لأن المصل كان به . لأن المراد مصل الجنائز فينتفى الحديثان . وأما ما في الترمذي من قوله « فأمر به في الرابعة فأخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة » فإن لم يتأول على أنه اتبع حين هرب حتى أخرج إلى الحرة وإلا فهو غلط لأن الصحاح والإحصان متطافرة على أنه إنما صار إليها هاربا لأنه ذهب به إليها ابتداء ليرجم بها ، ولأن الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض المضيق (قوله ويتبدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس) وهذا شرط ، حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحملون هم لأن امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم .

وقوله (وعلى هذا إجماع الصحابة) أي على وجوب الرجم إذا كان الزاني محصنا ، وذهب الخوارج إلى أن الحد في الزنا بالجلد ليس إلا لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد ، وذلك خرق منهم للأجماع ، على أن حديث ماعز مشهور

(قوله وحمل هذا ، إلى قوله : على أن حديث ماعز رضي الله عنه) أقول : في الميسوط : أما الرجم فهو مشدود في حق المحصن ثابت بالسنة ، إلا على قول الخوارج فإنهم ينكرون الرجم لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد متواتر . اهـ . فالجواب إن أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر فيه بحث لا يخفى (قال المصنف : ويبتدئ الشهود برجمه) أقول : في الميسوط : لكننا نستعمل بحديث على كرم الله وجهه ، فإنه لما أراد أن يرمي امرأة المدائنية قال : الزم رجلا : رجم سر ، ورجم خلانية ، فرجم المدائنية أن يشهد على المرأة أن يظنها وتعرف بذلك فيبدأ به الإمام ثم الناس ، ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس . اهـ . وفي محيط السرخس بعد هذا الكلام : وقول المصنف فيما لا يدرك بالقياس حجة بالإجماع . اهـ .

ولو كان ظاهراً فيه فقيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وإن كان يحق كما نراه في المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للأكل والأضحية بل ومن حضورها - فكان امتناعهم شبهة في ذرع الحد عن المشهود عليه ، وهذا الاحتمال شبهة في امتناع الحد عنهم . وقيل يحدون والأول رواية البسيط . وقال الشافعي رحمه الله ليس شرطاً اعتباراً بالجلد : يعنى إذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في إقامة الحد ابتداء الشهود . وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلاء لا يجسه كل أحد ، فقد يقع لعدم الخبرة مهلكاً وهو غير مستحق ، بخلاف الرجم فإن المقصود منه الإهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتنائهم بالجلد علمه في الرجم وهذا دفع لإلحاقه . وأما إثبات المذهب فبقول "على" رضى الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي ، فإن قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لأنه ظاهراً بأن امتناعهم دلالة الرجوع ، فإن الشاهد ربما يتساهل في الأداء ، فعند مباشرة القتل يتعاطف ذلك فيندفع الحد بتحقيق هذه الدلالة . وهذا هو قول المصنف لأنه دلالة الرجوع . وقول بعضهم إنه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتاله شبهة الشبهة وبها لا ينزى الحد على ما عرف وسأيت ، إنما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهراً في الرجوع بل يختص احتمالاً مرجوحاً . فإن الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالأضحية والدجاجة فكيف بالأعلى ، فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهراً في الرجوع ، بل ظاهر فيها هو الغالب وهو عدم قتل الإنسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته ، وهو غلط لأننا لم نشترط الابتداء بقتله بل برمي ، حتى لو رماه بمحضة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه ، لكنه دليل فيه شبهة فإنه أمانة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة ، والرجوع الذى فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله . لا يقال : احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة ، لأن الثابت شبهة في الشهادة لأشبهة الشبهة فيها ، وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعاً فيه شبهة كان الثابت قدفاً فيه شبهة ، بخلاف صريح الرجوع فإن به يظهر أن تلك الشهادة كذبة بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع إذا لم تكن دلالة قطعية بوجود معها المدلول قطعاً لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا . وأما ثبوت ذلك عن "على" رضى الله عنه فما أخرج ابن أبي شيبة رحمه الله قال : حدثنا عبد الله بن إدريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علياً كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجعوا ثم يرجع هو ثم يرجع الناس ، فإذا كان بإقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده . قال : وحدثنا أبو خالد الأحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن "على" رضى الله عنه قال : أيها الناس إن الزنا زنا من السر ، وزنا العلانية ، فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرى ثم الإمام ثم الناس ، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرى ، قال : وفي يده ثلاثة أحجار فرمأها بحجر فأصاب صدغها فاستدارت وروى الناس بعده . وروى الإمام أحمد في مسنده عن الشعبي قال : كان لشراة زوج غائب بالشام وأنها حبلت ، فجاء بها مولاه فقال : إن هذه زنت ، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجعها يوم الجمعة وحضرها إلى السرة وأنا شاهد ، ثم قال : الرجم سنة سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرى الشاهد يشهد ثم يقيم شهادته حججه ، ولكنها أقرت فأنا

تلقته الأمة في الصدر الأول بالقبول ، والزيادة على الكتاب بمثل جائزة .

(فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لأنه دلالة الرجوع .

أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس . ورواه البيهقي عن الأجلع عن الشعبي عن علي ، وفيه « أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة . قالت لا ، قال : قلعله استكرهك ، قالت لا . قال : فأمر بها فحبست ، فلما وضعت ما في بطنها أخرجه يوم الخميس ففرضها مائة وحر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها » الحديث وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف . « وأورد أن إثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد ، وإصلاح الإيراد أنه تنقيح للقطعي المطلق فكان كتقيد مطلق الكتاب به . والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرته بالشبهة ، فإذا دل دليل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدلها شبهة فينكرى به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعي بالشبهة ، وموت الشهود مسقط أو أحدهم ، وكذا إذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية . وهو احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداعتهم مستحبة لاستحقة ، فإذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا بقيم الحد ، وكذا يسقط الحد باعتبار ما يخرج عن أهلية الشهادة . كما لو ارتد أحدهم أو عوى أو خرص أو فسق أو قلف فحذف لافرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحد ، لأن الإمضاء من القضاء في الحدود ، وهذا إذا كان محصنا . وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي : يقام عليه الحد في الموت والغيبة . ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمي وحضروا يرى القاضي ، ولو قطعت يعد الشهادة امتنع الإقامة . وقد يقال : إذا كان شرطا فنوات الشرط كيف كان يمنع الشروط . وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت ، إلا أن شمس الأئمة فرق بأنهم إذا كانوا مقطوع الأيدي لم تستحق البداءة بهم ، وأما ههنا فقد استحقت ، فإذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا ، وهذا تنقيح لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم . ولا شك أن المعنى المسقط

وقوله (فإن امتنع الشهود) قال في الإيضاح : ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عوى بعضهم أو خرص أو سجن أو ارتد أو قلف فحذف لم يرجع المشهود عليه في قول أبي حنيفة وعبد الواحد والروايتين عن أبي يوسف . وروى عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس ، وكذا في النخبة أيضا ، فعلى هذا ما قبله بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ ، وليس بمختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا ، وإذا سقط بامتناع أحدهم هل تمتع الشهود أولا ؟ ذكر في المبسوط أنه لا يقام الحد على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة ، وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا

(قوله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف) أقول : ولم يذكر عن أبي يوسف رواية غير هذه (قوله فعل هذا ما قبله بظاهر الرواية الخ) أقول : في المبسوط : ومن أبي يوسف قال : يؤمر الشهود بالبداية إذا كانوا حاضرين حتى إذا امتنعوا لا يقام الرجم ، فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لأنه قد تقرر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمنع إقامة الرجم كما لو كانوا مقطوع الأيدي أو مرفوع أو عاجزين من الحضور ، بخلاف ما لو امتنعوا لأنهم صاروا بتهمين بذلك ولكننا نقول بخبر كانوا مقطوع الأيدي في الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر ، فأما ما قد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم ، فإذا تقرر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تقرر بامتناعهم أه . ونحن نقول : فعل هذا التنقيح بظاهر الرواية غرض بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه انتفاء ما في المبسوط

وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لقوات الشرط (وإن كان مقراً ابتداء الإمام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله عنه . وروى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويضلل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام في ماعز « اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم » ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً « وصلى النبي عليه الصلاة والسلام على الغامدية بعد ما رجعت »

بجمعها . وما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ، ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف ، لأن سقوطه في الوجه الأول كان لأن شرط الشهادة عدم الإقرار بفئات الشرط قبل العمل بها ، وقد علم أن الإمضاء من القضاء في الحدود فكان كالأول ، وخالف محمد رحمه الله (قوله وإن كان مقراً ابتداء الإمام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفاً . وقوله وروى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة ، رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال : سمعت شيخنا يحدث عن أبي بكر عن أبيه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحضر لها إلى السرة » ثم ذكر إسناداً آخر وزاد « ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال : ارموا واتقوا الوجه ، فلما طقت أخرجهما وصلى عليهما » ورواه النسائي والطبراني والبخاري في مجهول . وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط ، فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه . وأعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لأجل اللوم للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بقوات شرط الرجم ، وهو متفق بوجه ماعز ، فإن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام . ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء اختياراً لثبوت دلالة الرجوع وعلمه ، وأن يتبلى هو في الإقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد ، فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمانة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تفسيره في القضاء وهي دائرة فكان البداهة في معنى الشرط إذ لزم من عدمه العدم لا أنه جعل شرطاً بذاته ، وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام متفق فلم يكن عدم رجمه دليلاً على سقوط الحد إذا لم يبدأه .

وأعلم أن مقتضى ما ذكرناه لو بدأ الشهود فيها إذا ثبت بالشهادة يجب أن ينفي الإمام ، فلم يثبت الإمام يسقط الحد لا اتحاد المأخذ فيها . قالوا : ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لأنه المقصود ، ولأنه تيسر عليه لأن يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفى بغيره فيه (قوله ويضلل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز « اصنعوا به » الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبي بريدة عن أبيه بريدة قال : لما رجم ماعز قالوا : يا رسول الله ما نصنع به ؟ قال : اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل

وأعلم أن ظاهر الرواية يفرض إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل ، والغامدية امرأة من غامد حن من الأزد ، وفي حديثها « لقد تابت نوبة لو تابها صاحب مكس لغفر له » .

(قوله وأعلم أن ظاهر الرواية يفرض إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل) أقول : في صورة الموت والنية إسدالاً شبهة الاعتناء عن البداية . والفتاوى كثر الانتعاج رجوعاً لفتايل ، وفي عيط البرخس : وزوى عن محمد : لو كان الشهود مقطوعين الأيدي أومرهم لا يستطيعون الزم فإن الإمام يرى ثم الناس ، لأن قوات البداية باختيار علف ظاهر لا يورث شبهة ، بخلاف الموت والنية لأنه من الجائز أن لو كان حياً فرض عليه الزم من غير منع من ذلك أم . إلا أن المفهوم من قول المصنف لقوات البيرط خلاف ما ذكره الشارح (قوله وفي حديثها لقد تابت نوبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول : يعني المكاس وهو العشار ، والمكس ما أخذه .

(وإن لم يكن محصنا وكان حراً فحدة مائة جلدة) لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - إلا أنه اتسخ في حق المحصن في حق غيره معمولاً به .

والكفن والحنوط والصلاة عليه ، وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فأخرجه الستة إلا البخاري من حديث عمران بن الحصين « أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت : يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي » الحديث بطوله ، إلى أن قال « فأمر بها فرجعت ثم صلى عليها ، فقال له عمر : أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت ؟ فقال : لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سمعتم ، وهل وجدت توبة أفضل من أنها جادت بنفسها لله » وفي صحيح البخاري من حديث جابر في أمر ماعز قال « ثم أمر به فرجم ، وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيراً وصلى عليه » قال ابن القطن : قيل للبخاري قوله « وصلى عليه » قاله غير معمر ؟ قال لا . ورواه الترمذي وقال : حسن صحيح . ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححه . وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي هريرة الأسامي « أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم يته عن الصلاة عليه » ففيه مجاهيل فإن فيه عن أبي بشر أنه قال : حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي هريرة . نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز « وقال له خيراً ولم يصل عليه » معارض صريح في صلاته عليه ، لكن المثلث أولى من الثاني . لكن على أصول الحنفية وهو أن النبي إذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الإثبات ويطلب الرجوع بغيره لا ينقض لأن هذا النبي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك ، إذ لا شك أن الصحابي إذا شهد الصلاة بآهائه لم يعدم صلاته عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الرجوع بغير ذلك ، وعن هذا ذهب مالك إلى أنه لم يصل عليه غير الإمام . والحاصل أن الصلاة عليه شرعاً لا شك فيها ، فإنه مسلم قتل بحق فيفسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصاً ، بخلاف الشهيد فإنه قتل بغير حق فلا يفسل ليكون الأثر شاهداً له ، والإظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة . وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز في حيز التعارض : والغامدية من بني غامد حتى من الأزد . قاله المبرد في الكامل . وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة ، وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين « أتت امرأة من جهينة » قوله إن لم يكن محصناً وكان حراً فحدة مائة جلدة لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - وإنما قدم الزانية مع أن العادة عكسه لأنها هي الأصل إذ الداعية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يزن ، وهذا .

وقوله (إلا أنه اتسخ في حق المحصن) بيانه أن قوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا - الآية عام في المحصن وغيره إلا أنه اتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها . روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال : إن الله بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب ، فكان فيها أنزل عليه آية الرجم فقرأناها وعينناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده ، وإلى خشيت إن طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل ، فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة أو كان كفل أو اعتراف ، وإيم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبها يريد به : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ، وكانت خطيبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فكان هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى - فاجلدوا - في غير المحصن ،

(قوله فكان هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى - فاجلدوا - في غير المحصن)

قال (يأمر الإمام بضربه بسوط لاثمة له ضربا متوسطا) لأن عليا رضى الله عنه لما أراد أن يقيم الحلد كسر ثمرة.

عام في الحصن وغيره نسخ في حق الحصن قطعا ، ويكتفىنا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ : الشيخ والشخفة إذا زنيا فارجموها البيت نکالا من الله والله عزيز حكيم . لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتساخت تلاوتها وإن ذكرها عمر وسكت الناس ، فإن كون الإجماع السنكوفي حجة بخلاف فيه . وتقدير حجته لا يقطع بأن جميع المجتهدين من الصحابة كانوا إذ ذاك حضورا ، ثم لاشك أن الطريق في ذلك إلى عمر ظني ، ولهذا والله أعلم قال علي رضى الله عنه فيها ذكرناه عنه : إن الرجم سنة سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه إلى القرآن المنسوخ التلاوة ، وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد في حق الحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ، ويستدل بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وفي رواية أبي داود « ورمي بالحجارة » وسيأتي الكلام عليه (قوله بسوط لاثمة له ضربا متوسطا) قيل المزاد بشمرة السوط عذبه وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر . وفي الصحاح وغيره عقد أطرافه . ورجع المطرزي إرادة الأول هنا لما ذكر الطحاوي أن عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين . وفي الإيضاح ما يوافقه قال : ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لأن الثمرة إذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين . وفي النراية : لكن المشهور في الكتب لاثمة له : أي لاعقدة عليه . وقول المصنف في الاستدلال عليه لأن عليا لما أراد أن يقيم الحلد كسر ثمرة لا يستعمل الوجه الأول أصلا ، بل أحد الأمرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالثق إذا كان يابسا وهو الظاهر . وروى ابن أبي شيبة : حدثنا عيسى بن . يونس عن حنظلة السلويس عن أنس بن مالك قال : كان يومئذ بالسوط فتقطع ثمرة ثم يلقى بين حجرين حتى يابن ثم يضرب به . قلنا له : في زمن من كان هذا ؟ قال : في زمن عمر بن الخطاب . والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفي طرفه يمس لأنه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة ، ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير « أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنني أصبت حدا فأقمه علي » ، فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتى بسوط شديد له ثمرة ، فقال : سوط دون هذا ، فأتى بسوط مكسور لين

وانتسخت تلاوتها يصر فيها عن القلوب لحكمة يعاملها الله . وقوله (بسوط لاثمة له) قال في الصحاح : ثمر السياط عقد أطرافها ، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لاثمة له : يعني العقدة . وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لأنه إذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين ، وهذا أصبح . لما روي أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان ، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة ، فكانت الضربة ضربتين . والأول هو المشهور في الكتب . المبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها ، يقال برح به الأمر تبريحا : أي غلظ عليه واشتد . والمداكير جمع الذكر الذي هو العضو ، وهو جمع على خلاف القياس . كأنهم فرطوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو ، وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع إفراد قرينه وهو الوجه لأنه أراد به ذلك العضو المعين وماحوله ، فكقولهم : شابت مفارق رأسه كلها في الصحاح .

أقول : فيه بحث ، والصواب في الحصن فأنزل (قوله وهذا أصبح لما روى الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا دالة فيها ذكره . حل ما ادعاه أصلا . كما لا يخفى .

والمتوسط بين المبرح وغير المومل لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلق الثاني عن المقصود وهو الانزجار) وتوزع عنه ثيابه معناه دون الإزار لأن علياً رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الخلود، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الأكل إليه. وهذا الحد منبأه على الشدة في الضرب وفي تزع الإزار كشف العورة فيتوقاه (ويفرق الضرب على أعضائه) لأن الجمع في عضو واحد قد يقضي إلى التلف والحدّ زاجر لامتلف. قال (إلا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي أمره بضرب الحدّ واتق الوجه والمذاكير « ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس . وكلنا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حدا .

فقال : سوط فوق هذا ، فأبى سوط بين سوطين فقال : هذا فأمر به فجلده ، ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسوط ، فذكره ، وذكره مالك في الموطأ . والحاصل أن يجنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرج الذي يصير ذنبيين تعميماً للمشارك في التثنية لأنه عين العدد مائة ، ولو تجوز بالثمره فيها يشاكل العقدة ليعم الهجاز ما هو بإس الطرف على ما ذكرنا كان أولى ، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطاً (قوله بين المومل وغير المومل) فيكون مؤلماً غير مومل ، فلزم أنه أراد بالموجع المبرح وإلا لم يستقم ، ووجه هذا ظاهر . ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحدّ ضعيف الحلقة فضخف عليه الهلاك بجلد بجلد خفيفاً يحمله (قوله وتزع عنه ثيابه) إلا الإزار ليست عورته وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد : يترك عليه قميص أو قميصان لأن الأمر بالجلد لا يقتضي التجريد . وقول المصنف لأن علياً كان يأمر بالتجريد في الخلود زاد عليه شارح الكثر فقال : صح أن علياً كان يأمر بالتجريد في الخلود فأبعد عما قال المخرج أنه لم يعرف عن عليّ بل روى عنه خلافة . وروى عبد الرزاق بسنده عنه « أنه أتى برجل في حدّ فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعداً . وأسند إلى المغيرة بن شعبه في الخلود : أبزع عنه ثيابه ؟ قال : لا ، إلا أن يكون فرواً أو محشواً . وأسند عن ابن مسعود : لا يجل في هذه الأمة تجريد ولا مد . قوله (ويفرق الضرب على أعضائه) لأن جمعه في عضو واحد قد يفسده ، واستثنى الرأس والوجه والفرج . وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للذي أمره بضرب الحدّ « اتق الوجه والمذاكير » ولم يحفظه المخرجون مرفوعاً بل موقوفاً على عليّ رضي الله عنه « أنه أتى برجل سكران أو في حدّ فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير » رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور . وقال ابن المنذر : وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل : اضرب وأعط كل عضو حقه . قال : رويناه هذا القول عن عليّ وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم . ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا ضرب أحدكم فليتنى الوجه والمذاكير » ولا شك أن هذا ليس مراداً على الإطلاق لأننا نقطع أن في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لأحد ضرب وجهه من يبارزه وهو في مقابلته حالة الحملة لا يكف عنه ، إذ قد يتمتع عليه بعد ذلك ويقتله ، فليس المراد إلا من يضرب صبراً في حدّ قتلاً أو غير قتل . وفي القتل صريح ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة « أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها إلى التندوة ثم قال إرموا واتقوا الوجه » وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلي رضي الله عنهما : أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مختصراً عليه عام مخصوص لثمنهما لا يبريدان قطعاً ضرب الوجه والمذاكير . ولما كان ذلك معلوماً لم يحتاج إلى ذكر المخصوص ، على أنه

وقال أبو يوسف رحمه الله : يضرب الرأس أيضا رجع إليه ، وإنما يضرب سوطا لقول أبي بكر : اضربوا الرأس فإن فيه شيطانا . قلنا : تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيع قتله . ويقال إنه ورد في حرق كان من دعاة الكفرة والإهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول علي رضي الله عنه : يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه . ثم قوله غير ممدود ، فقد قيل المدة أن يلقى على الأرض

ذكر في رواية غيره عن علي رضي الله عنه كما حكيتاه آنفا . وبما جمعت تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب ، والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه يجمع الخواص الباطنة وربما تفسد وهو إهلاك معنى . وهذا من المصنف ظاهر في القول بأن العقل في الرأس إلا أن يؤول ، وهي مختلفة بين الأصوليين . وما قيل في المنظمة والكافي إن الشافعي رحمه الله ينص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لطلال بن أمية « البينة وإلا فحد في ظهرك » غير ثابت في كتبهم ، بل الذي فيها كقولنا ، وإنما ثالث رواية عن مالك أنه خص الظهر وما يليه . وأجيب بأن المراد بالظهر نفسه : أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلى وابن مسعود رضي الله عنهم ، وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم « إذا ضرب أحدكم فليقلن الوجه » وأنه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ، ثم خص منه الفرج بدليل الإجماع . وعن محمد رحمه الله في التعزير : يضرب الظهر وفي الحدود الأعضاء والمداكير جمع ذكر بمعنى العضو ففروقا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكراة وبمعنى العضو ، ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا : شابت مفارقة وإنما له مفرق واحد قوله وقال أبو يوسف : يضرب الرأس ضربة واحدة رجع إليه) بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره . ورواه ابن أبي شبة : حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر رضي الله عنه أتى برجل انتفى من أبيه فقال : اضرب الرأس فإن فيه شيطانا . والمسعودي مضعف . ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجهل يسأل عن متشابه القرآن فأرسل إليه عمرو وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ ، فأخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال : أنا عبد الله عمر ، وجعل يضربه حتى دى رأسه ، فقال : يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أبعد في رأسي . وهذا ينافي جواب المصنف بأن ذلك كان في مستحق القتل . ولو قلنا إن واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فإن ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم ، وكذا ضرب أبي بكر للذي انتفى من أبيه . هذا واستفتي بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن . وفيه نظر ، بل الصدر من الحامل ، والضرب بالسوط المتوسط عددا سيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر . ثم إذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب في الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه الخ) روى عبد الرزاق في مصنفه قال : أخبرنا الحسن بن عمار عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال : يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدا في الحدود (ولأن مبنى الحد على التشهير) زجر للعامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على السر فيكنى بتشهير الحد فقط . بلا زيادة (وقوله غير ممدود قيل المدة أن يلقى على الأرض

وقوله (من دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض : أي كان يدعو الناس إليهم .

ويد كما يفعل في زماننا ، وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمدّه بعد الضرب ، وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق (وإن كان عبداً جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى - فلعين نصف ما على المحصنات من العذاب - نزلت في الإمام ، ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقوصاً للعقوبة لأن الحناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ (والرجل والمرأة في ذلك سواء) لأن النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا القرو والحشو)

كما يفعل في زماننا ، وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمدّه بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد وفيه زيادة ألم وقد يفضى إلى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لأنه في النفي فجواز تعميمه ، وإن امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه على أسطوانة أو بمسك (قوله وإن كان عبداً جلده خمسين لقوله تعالى - فلعين نصف ما على المحصنات من العذاب - نزلت في الإمام) وهو أيضاً مما يعرف من أول الكلام ، ولا فرق بين الذكر والأنثى بتتبع المنط فيرجع به إلى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور ، بل المساواة تكفي فيه . وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنس عليهن فقط لأن الكلام كان في تزويج الإمام بقوله تعالى - فمن لم يستطع منكم طولا - إلى قوله - من فتياتكم المؤمنات - ثم تم حكمن إذا زني ، ولأن الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقدم الزانية على الزاني في الآية . وهذا الشرط : أعنى الإحصان لافهم له ، فإن على الأرقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا . وأسند أبو بكر الرازي عن أبي هريرة وزيد بن خالة الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل من الأمة إذا زنت ولم تحصن قال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فبيعوها ولو بضعير وهو الحبل ، والقاتلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يرد بدليل يدل عليه . وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن علي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقيموا الجلود على مملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن » ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لاجد عليها حتى تحصن بزواج ، وعلى هذا هو معتبر المفهوم إلا أنه غير صحيح . وقرئ - إذا أحصن - بالبناء للفاعل وتوكل على معنى أسامن ، وحينئذ لم يحصن نصف ما على المحصنات إذا أحصن لزم أن لا يرجع على الرقيق لأن الرجم لا ينصف ، ولأن الرق منصف للنعمة فتتقص العقوبة به لأن الحناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ ، ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى - يأنس النبي من يأتيه منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين - (قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء) لشمول النصوص لإيهما ، فإن كان كل منهما محصناً رجم ولا فعل كل الجلد ، أو أحدهما محصناً فعل المحصن الرجم وعلى الآخر

وقوله (لأنه زيادة على المستحق) قالوا : إلا أن يعجزهم عن الضرب قائماً فلا بأس حينئذ أن يشلوا بسارية ونحوها . قال (وإن كان عبداً) أو أمة (جلده) أي إن كان من زنى عبداً أو أمةً جلده الإمام (خمسين جلدة لقوله تعالى - فإن أتيت بفاحشة فعليين نصف ما على المحصنات من العذاب - نزلت في الإمام) ودخل تحت حكمها العبيد ، وهو خلاف المهود لأن المهود أن تلخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية ، وكان هذا الأسلوب والله أعلم بناء على أن أسباب السفاح فيهن ودعوتهم إليه غالبية كما في تقديمهن في قوله تعالى - الزانية والزاني - ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لأنه لا ينصف . وقوله (لأن الحناية عند توافر النعم أفحش) أصله

لأن في تجريدها كشف العورة والقرو والحشويتمان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فيزعان (وتضرب جالسة) لما رويناه ، ولأنه أسترها (وإن حفر لها في الرجم جاز) لأنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية إلى ثنودتها ، وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراسة الهمدانية وإن ترك لا يضره لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بشبابها ، والحفر أحسن لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما رويناه (ولا يحفر للرجل) لأنه عليه الصلاة والسلام ما حفر لماعز ، ولأن مبنى الإقامة على التشهير في الرجال ، والربط والإمساك غير مشروع

الجلد ، وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالينة أو الإقرار يكون على ما شرط . وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها إلى الحشو والقرو (ولأن في تجريدها كشف العورة) لأن بلبسها كله عورة إلا ما عرف ، ووجه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما رويناه) يعنى من كلام على (ولأنه أسترها) قوله (وإن حفر لها في الرجم جاز) لهذا ولذا حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية إلى ثنودتها . والثنودة بضم التاء والهمزة مكان الواو . وبفتحها مع الواو مفتوحة والدال مضمومة في الوجهين : ثدى الرجل أو لحم الثديين ، وما قبل الثدى للمرأة والثنودة للرجل هو غير صحيح بحديث الذى وضع سيفه بين يديه (ولذا حفر على لشراسة الهمدانية) بسكون الميم وهي قبيلة كانت عجيبة على ، وقد مدحهم وقال في مدحهم لم :

فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخل بسلام

وتقدم حديث شرحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبي أنه حفر لها إلى السرة . ثم قال المصنف (وإن ترك) الجفر (لم يضره لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك) يعنى لم يوجب بناء على أن حقيقة الأمر هو الإيجاب ، وقال إنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية . ومعلوم أن ليس المراد إلا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره ، وإلا كانت مناقضة غريبة . فإن مثلها إنما يقع عند بعد العهد ، أما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك ، والله أوفق) قوله (ولا يحفر للرجل لأنه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز) تقدم من رواية مسلم ، وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الأسلمى أنه حفر له وهو منكر لما لفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتضاربة (قوله ولأن مبنى الحد على التشهير في الرجال) لا حاجة إلى التخصيص ، بل الحد مطلقا مبنى على التشهير ، غير أنه يزداد في شهرته في حق الرجل لأنه لا يضره ذلك ، ويكتفى في المرأة بالإخراج والإتيان بها إلى مجتمع الإمام والناس وخصوصا في الرجم ، وأما في الجلد فقد قال تعالى - وليشد عليهما طائفة من المؤمنين - أى الزانية والزاني ، فاستحب أن يأمر الإمام طائفة : أى جماعة أن يحضروا إقامة الحد . وقد اختلف في هذه الطائفة فمن ابن عباس واحد وبه قال أحمد ، وقال عطاء وإسحاق اثنان ، وقال الزهري ثلاثة ، وقال الحسن البصرى عشرة ، وعن الشافعى ومالك أربعة . وأما قوله (والربط والإمساك غير مشروع) فاما تقدم من قول ابن مسعود وليس في هذه الأمة تجريد ولا مد ، ولأن ماعزا انتصب لم قائما لم يتسك ولم يربط ، إلا أن لا يصبر

قوله تعالى - يانسأ النبي من يأت منكرا - بفاحشة معينة يضاعف لها العذاب ضعفين - وقوله (لما رويناه) يعنى من حديث على رضى الله عنه : يضرب الرجال في الخلد قياما والنساء قعودا . والثنودة بفتح التاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة : ثدى الرجل أو لحم الثديين . والحمدانية بسكون الميم منسوبة إلى همدان بسكون الميم حتى من العرب . وقوله (لما رويناه) يعنى من حديث الغامدية حيث حفر لها إلى الثنودة . وقوله (والربط والإمساك غير مشروع) يعنى إلا أن يصحهم كما ذكرناه .

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي : له أن يقيم له لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام . بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه مالا يملكه الإمام فصار كالتعزير . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « أربع إلى الولاية وذكر منها الحدود » ولأن الحد حق الله تعالى لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام أو نائبه ، بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزr الصبي وحق الشرع موضوع عنه .

وأعيامهم فحيثما يمسك فيربط ، فإذا هرب في الرجم ، فإن كان مقرا لا يبيع وترك ، وإن كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لأن هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في إقراره لافي رجوع الشهود . وذكر الطحاوي صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجه صف تنحوا . ولم يذكره في الأصل ، بل في حديث علي في قصة شراة على ما قلنا من رواية البيهقي عن الأجلع عن الشعبي فيه : أحاط الناس بها وأخلوا الحجارة قال : ليس هكذا الرجم إذ يصبب بعضهم بعضا . صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف ، إلى أن قال : ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف . ولا يقام حد في مسجد بلجام الفقهاء ولا تعزير ، إلا ما روى عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط . قال أبو يوسف : أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة . وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراكم وبيعكم وإقامة حدوكم » وجرهوها في جمعكم وصفوا على أبوابها الطاهر ، ولأنه لا يؤمن خروج النجاسة من الحدود فيجب نفيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي ومالك وأحمد : يقيم بلا إذن ، وعن مالك إلا في الأمة المزوجة ، واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتباً أو امرأة ، وهل يجرى ذلك على العموم حتى لو كان قتلًا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعًا للسرقة ، ففيه خلاف عندهم . قال النووي : الأصح المنصوص ثم لإطلاق الخبر ، وفي التهذيب : الأصح أن القتل والقطع إلى الإمام لم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ولم تحمض قال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ثم يبعوها ولو بضمير » قال ابن شهاب : لا أدرى أبعد الثالثة أو الرابعة . والضمير الجليل . وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » ولأنه يملك تعزيره صيانة للملكة عن الفساد فكذلك الحد ، ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه مالا يملك الإمام من التصرف لملكه للإقامة عليه أولى من الإمام . ولنا ما روى الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفًا ومرفوعًا « أربع إلى الولاية : الحدود ، والصلقات ، والجمعات ، والقي » ولأن الحد خالص

وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « أربع إلى الولاية » وذكر منها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير ، والثلاثة الباقية : الصلقات ، والجمعات ، والقي . وقوله (ولأن الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نعم العالم على الإحلاق والتذكير ليتناول مالنا وما علينا ، وقولنا على الإطلاق لإخراج حق العبد فإنه مشروع يتعلق به نعم العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلاً فإنها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلها يباح بإباحة المالك ولا يباح الزنا بإباحة المرأة ولا بإباحة أهلها ، ونعم التقرير فيه مذكور في التقرير .

(قوله حق الله مشروع) أقول : حق الله مباح ، وقوله مشروع مجوز .

قال (وإحصان الرجل أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان) فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لا خطاب دونهما ، وما وراءهما يشترط لتكامل الجنابة بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكررها ،

حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نأثبه وهو الإمام ، وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث ، وكونه حق الله فإنما يستوفيه نأثبه مسلم ، ولكن الاستنباط تعرف بالسمع ، وقد دل على أنه استنباط في حقه المتوجه منه على الأرقام مواليم بالحديث السابق ، ودلالته على الإقامة بنفسه ظاهرة وإن كنا نعلم أنه ليس المراد الإقامة بنفسه ؛ فإنه لو أمر به غيره كان ممثلاً فجواز كون المراد ذكره الإمام ليأمر بإقامته . لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك ، بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا ، والمتبادر أنه باشره أو أمر به ، على أن المتبادر أحد دائريهما لا في ثلاثة وهما هذان مع رفعه إلى الحاكم ليحده ، نعم من استقرار اعتقاده على أن إقامة الحد ودلى الإمام فالمتبادر إليه من ذلك اللفظ الأخير بخصوصه (قوله وإحصان الرجل أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان) قيد بإحصان الرجل لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتي . والإحصان في اللغة المنع ، قال تعالى - لتحصنكم من بأسكم - وأطلق في استعمال الشارح بمعنى الإسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية . منه - أن ينكح المحصنات - وبمعنى التزويج وبمعنى الإصابة في النكاح وبمعنى العقبة ، يقال أحصنت : أوى عفت وأحصنها زوجها . قال في الميسر : المتقدمون يقولون إن شرائط الإحصان سبعة ، وعدا ما ذكرنا ثم قال : فأما العقل والبلوغ فهما شرطا الأهلية للعقوبة ، وإلى

وقوله (وإحصان الرجل) إنما قيد الإحصان بالرجم احترازاً عن إحصان القذف فإنه غير هذا على ما يجهل وإن شاء الله . إحصان الرجل مشروط بسبع شرائط (أن يكون حراً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان) هذا على قول المتقدمين . وأما المتأخرون فقد قالوا : شرائط الإحصان على الخصوص منها شيان : الإسلام ، والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله . وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك . وأما العقل والبلوغ فشرط لأهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما ، وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة ، والمصنف وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرطا لأهلية العقوبة ، وجعل الباقية شرطا لتكامل الجنابة بواسطة تكامل النعمة لأن كفران النعمة يتغلظ عند تكررها وتغلظه يستدعي أغلظ العقوبات

(قوله إحصان الرجل مشروط بالثلاثة) أقول : فيه نوع مخالفة لما في الهداية (قوله بسبع شرائط أن يكون حراً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً) أقول : أن يحصل حل حلف الجار (قال المصنف : وإحصان الرجل أن يكون حراً عاقلاً مسلماً بالغاً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً) أقول : وفي الجامع الرأى : لا يشترط قيام النكاح لبقاء الإحصان ، كذلك في الفتاوى للقرطبي (قال المصنف : ودخل بها وهما على صفة الإحصان) أقول : الجملة حال من الداخل والخروج بها ونظيره لقيت زيدا راكبين ، وفي المحيط : وأما طريق ثبوت الإحصان فشيئان : الإقرار والبيعة أم وقال الإمام القرطبي في شرح الجامع الصغير : ولو ارتدت المحصنات بطل إحصانها ، فإن أسلمت لم يكونا محصنين إلا بجماع جديد ، وكذلك الكافران مسلمان والمسلمون . ويقتان وقد كان جامعا قبل ذلك لم يكونا محصنين ، فإن جامعا بعد التمسك والإسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط (قال المصنف : والعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة) أقول : قال مولانا علاء الدين الأسود في شرح الجامع الصغير : قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير : وإنما يصير داخل في المحصن من الزنا إذا توفرت عليه الثم الزواجر كالنقل فإنه مانع عن ارتكاب كل ما له عقوبة دينية ، وكذلك الذين والحرية لأن الحر يمنع عن ذهاب ماء الوجه واليد لا يلبث به ، وكذلك البلوغ لأن الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب ، وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ لأن به تقع الذنبة عن الزنا ، فإذا استجمعت الشرائط يصير محصناً .

وهذه الأشياء من جلال النعم . وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فيناط به ،

ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة ، والحرية شرط تكميل العقوبة لاشتراط الإحصان على الخصوص ، وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب بالثيب » والغيابة لا تكون إلا بالدخول اهـ . واختلف في اثنين من هذه : الإسلام وسيد كره المصنف ، وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي ، حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتائية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول ، حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا ، وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا يصير محصنة فلا ترجم لو زنى . ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد مداخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام : أى أن يطأها إذا زنى لا يرجم ، وكذا لو اعتقت الأمة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد مداخل بها لا يرجم لو زنى مالم يطأها بعد الإعاق ، وعلى هذا لو بلغت بعد مداخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تمتعته حرة مسامة و هما محصنان فارتدّا معا بطل إحصانهما ، فإذا أسلما لا يعود إحصانها حتى يدخل بها بعد الإسلام . وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح : يعنى تكون الصحة قائمة حال الدخول . حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزويجها يكون النكاح صحيحا ، فلو دخل بها حقيقه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله . وأعلم أن الإضافة في قولنا شرائط الإحصان يبنى أن تكون بيانية : أى الشرائط التي هي الإحصان ، وكذا شرط الإحصان . والحاصل أن الإحصان الذي هو شرط الرجم هو الأمور المذكورة ، فهي أجزاء ، وهوية تكون باجتماعها فهي أجزاء ، وكل جزءة ، فكل واحد حيثلذ شرط وجوب الرجم ، والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالإحصان ، والشرط يثبت مفعلا أو قياسا على ما اختاره فخر الإسلام وغيره . لا يقال : كما أن الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه . لأننا نقول : بل يجب أن تثبت شروطه قياسا لأن عدم جواز نفس الحد إما لعدم المقولية أو لأنه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة ، وإثبات الشرط احتيال للدرء لا لإيجابه بى الشأن في تحقيقه ، وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الإحصان مع غيره بقوله (وهذه الأشياء من جلال النعم) فإن من النعم كون كل من الزوجين مكافئا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فيناط به) أى باستجماعها ، وإذا نيط بكلها يلزم أن ينفي الحد بانتفاء كل منها ، ومن جعلها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور أثر وجود الشبهة في درء الحد ، وعدم تماثلها شبهة في تصور الصارف فيندرى به ، وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلال النعم الصارفة عن الزنا بكال اندطاع حاجته إلى الوطء عندها ، فكونه بالغاً لأن الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس ، وكذا المجنونة لا يرض فيها بل هي محل نفرة الطباع ، وكذا ينفر المسلم عن محبة من يفارقه في دينه منه ومنها ، وكذا يرى الحر انحطاطا بتزويج الرقيق

وهذه الأشياء من جلال النعم) فكفرانها يكون سببا لأفحش العقوبات وهو الرجم بالمجاعة إلى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه ، وانحصر الشرائط على هذا العدد لأن الرجم بالزنا قد شرع عند اجتماعها فيناط بها ، والشرف والعلم والجمال والحسب وإن كانت من جلال النعم أيضا إلا أن الشرع لم يرد باعتبارها

(قال المصنف : ولأن الحرية مكنته) أقول : يبنى أن يتأمل في تعيين المعلوم عليه لقوله ولأن الحرية مكنته .

بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى معتلر ، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال ، والإصابة بشيخ بالحلال ، والإسلام يمكن من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا . والجنابة بعد توافر الزواج وأغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف في رواية . لهما ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قد زنيا . قلنا : كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » .

فلا تكمل الرغبة من الجنابيين ، وإذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجنابة عندها أفحش فتناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهي الرجم عند اجتماعها فتنيط به : أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنهما لا يدخل لهما في تكميل الصارف وإن كانتا من جلال النعم وذلك هو المعتبر ، وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسامة كما يفيد ما ذكر فيقرة المسلم . وأجيب بأن يكونا كافرين قتلهم هي فإطما قبل عرض القاضي الإسلام عليه وإياه ، وما لم يفرق القاضي بينهما بإيهامهما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام) أي في الإحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا ، فلو زنى الذي التيب الحر ، يجلد عندنا ويرجم عندهم . لم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر : أن اليهود جاعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا قد زنيا ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما تجدون في التوراة في شأن الزنا ؟ فقالوا : نفصحههم ويجلدون ، فقال عبد الله بن سلام : كلنهم إن فيها الرجم ، فأثوا

ونصب الشرع بالرأى معتلر) وقوله (ولأن الحرية دليل على الاكتصار على تلك الشروط يتضمن أن لها ملاحقا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح) لأن الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لا محالة) والدخول به شيخ بالحلال والإسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا ، والجنابة عند توافر الزواج أغلظ) ولتقال أن يقول في العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواج لا محالة ، والجمال في المنكحة مقنع للزوج عن النظر إلى غيرها ، والشرف يردع عن حقوق مرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه . والجواب أن المسلم الناشئ قلما يخلو عن العلم بما ذكرت ، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا تكون معتبرة . وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الإحصان عند الدخول فسنذكره (والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام) ، وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روى مستندا إلى ابن عمر رضي الله عنه : أن اليهود جاعوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما تجدون في التوراة في شأن الزنا ؟ فقالوا : نفصحههم ويجلدون ، فقال عبد الله بن سلام : كلنهم إن فيها الرجم ، فأثوا بالتوراة فنشروها فجلل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال عبد الله بن سلام : ارفع يديك ، فرفعها فلذا فيها آية الرجم ، فقال : صدق يا محمد فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما « (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيده) ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر « من أشرك بالله فليس بمحصن »)

والمعتبر في الدخول لإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل .

بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال عبد الله : ارفع يدك ، فرفع يده فلذا فيها آية الرجم ، فقال : صدق يا محمد ، فأمر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجعا ، والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن سوريا . وأجاب المصنف بأنه إنما رجمهما بحكم التوراة ، فإنه سألهم عن ذلك أولا ، وأن ذلك إنما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الإسلام في الرجم ، ثم نزل حكم الإسلام بالرجم باشتراطه للإحصان وإن كان غير متلو ، وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » رواه إسماعيل بن راهويه في مسنده : أخبرنا عبد العزيز بن محمد ، حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أشرك بالله فليس بمحصن » فقال إسماعيل رفعه مرة فقال . عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقهقهة . ومن طريقه رواه الدارقطني في سنته وقال : لم يرفعه غير إسماعيل بن راهويه ، ويقال إنه يرجع عن ذلك ، والصواب أنه موقوف . قال في العناية : ونلفظ إسماعيل كما تراه ليس فيه رجوع ، وإنما ذكر عن الراوى أنه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ، ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق إليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه إذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع ، وبعد ذلك إذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحصن المسلم اليهودي ولا النصراني ولا الحر الأبة ولا الحر العبد » فله أعلم به ، ومعناه رواه الدارقطني وابن عدى عن حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك « أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لا تزوجها فلما لم يحصنك » وضعف ابن أبي مريم ، وعلي بن أبي طلحة لم يترك كعبا ، لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن ربيع عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع . وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة ، وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم . وعلى كل حال هو شاهد للحديث الأول فيحتاج به ، ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الأول بالفروع التي ذكرها وهما معا في غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا . واعلم أن الأسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبت مشروعيته في الإسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم « ما تجدون في التوراة في شأن الرجم » ثم الظاهر كون اشتراط الإسلام لم يكن ثابتا ، وإلا لم يريجهم لانتساخ شريعتهم وإنما يحكم بما أنزل الله إليه ، وإنما سألهم عن الرجم في التوراة ليعينهم بترك ما أنزل عليهم حكمهم برجمهما بشرعه الموافق لشريعهم ، وإذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الإسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الإسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الإسلام على عدم اشتراطه أو تأخره ، فيكون رجه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح ، والقول يقدم على الفعل . وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في إيجاب الحد ، والأولى في الخلود ترجيح الدافع عند التعارض ، ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتبا ، ولقد طاب بهذا دفع بعض المعارضين (قوله والمعتبر في الدخول) الحق للإحصان (إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيره الحشفة

وقوله (والمعتبر في الدخول لإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الإحصان من الجماع ،

(قال المصنف : والمعتبر في الدخول لإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) أقول : ونجوز الشهادة بالدخول بالتامع ولا تسمى الحاجة إلى المعالجة كما سيجيء في كتاب الفداء .

وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول، حتى لو دخل بالمنكحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا، وكذا إذا كان الزوج موصوفا بإحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة، لأن النعمة بذلك لا تتكامل إذ الطبع ينفر عن عصبة المجنونة، وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة جلنا عن رق الولد ولا اختلاف مع الاختلاف في الدين. وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة، والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام (لا تحمصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرّة العبد، قال (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع،

فقط أنزل أو لم ينزل. وقوله حتى لو دخل بالمنكحة الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد، ويجمع في رواية أخرى عنه، وأهل الظاهر إلى أنه يجمع. للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع. وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة الصيغ، وقد تضافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الإحصان وتلقيه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم فقال «اذهبوا به فارجموه» وقال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ولم يقل فاجلدوها ثم أرحها. وقال في باقي الحديث «فاعترفت فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت» وكذا في الغامدية والمجنونة إن كانت غيرها لم يزد على الأمر برجمها وتكرر، ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم، فقوله عليه الصلاة والسلام «دخلوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة

وفيه نظر لأنه يناق ما تقدم من قوله والإصابة شيع بالجلد، فإن الشيع إنما يكون بالإتزال دون الإيلاج عرف ذلك في حديث رفاعه حيث قال صلى الله عليه وسلم «لا حتى تدلوق من عسلته ويدوق من عسلتك» بالتصغير. وقوله (وشرط صفة الإحصان فيهما) ظاهر. وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة؟ وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه لأنه ما لم يفرق القاضي بينهما بالإباء عند عرض الإسلام فهما زوجان وقد مر (وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة) في أن إسلام المنكحة وقت الدخول بها شرط إحصان الزاني. فعنده ليس بشرط، حتى لو دخل بالمنكحة الكافرة يصير محصنا (والحجة عليه) أي على أبي يوسف (ما ذكرناه) يعني من قوله ولا اختلاف في الدين. وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام) معطوف على قوله ما ذكرناه «لا تحمصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرّة العبد» ذكره فحس الأئمة السرخسي مرسلا في مبسوطه. قال (ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) وفي رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روي عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال «الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة» ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابه بعده، وحديث عبادة بيان لقوله تعالى - أو يجعل الله لهن سبيلا - وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا.

(قوله فإن الشيع إنما يكون بالإتزال) أقول: الإتزال لا يمكن إثباته بشهود بخلاف الدخول فائق سيئه المنفص إليه أكثرها مقام فليتأمل (قال المصنف: وفي المملوكة - قلنا من رق الولد) أقول: هذا لا يجري فيما إذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا إذ الولد يتبع الأم في الحرية والرقية، ولو قال وفي المملوكة لخارتها وفانها لا يمكن التصميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه: أي على أبي يوسف رحمه الله) أقول: قال الإقناني، وقوله والحجة عليه ما ذكرناه: أي الحجة على أبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» أه. وأنت غير بنفسه، والصحيح ما ذكره الشيخ أكل الدين.

ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم ، لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه . قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حداً لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف . ولنا قوله تعالى « فاجلدوا - جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء وإلى كونه كل المذكور ،

ورجم أو رمى بالحجارة » يجب قطعاً كونه منسوخاً . قال (ولأن الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لأن القتل إذا كان لاحقاً كان الجلد خلواً عن الفائدة الدنيوية التي شرع لها الحد " والنسخ قد تحقق في حق الزنا فإنه كان أولاً الأذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله - واللذان يأتيانها منكم فآذوهما - ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى - واللاتي يأتيان الفاحشة من نسائكم - إلى قوله - فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله من سيلاً - فإنه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام : « خلوا عني قد جعل الله من سيلاً » وإلا لقال خلوا عن الله ، ولا ينبغي أن ذلك غير لازم . والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وإن لم يعلم بخصوص النسخ . وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فلما لأنه لم يثبت عنده إحصائها إلا بعد جلدها ، أو هو رأى لا يقاوم إجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح . وله في العبد أقوال يغرب سنة ، نصف سنة ، لا يغرب أصلاً . وأما تغريب المرأة فع محرم وأجرته عليها في قول ، وفي بيت المال في قول . ولو امتنع في قول يجره الإمام ، وفي قول لا . ولو كانت الطريق آمنة في تغريبها بلا محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم « خلوا عني » الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ») أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم « خلوا عني » الحديث ، وتقدم (ولأن فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لأنه هو الداعية إلى ذلك ، ولذا قيل لامرأة من العرب : ما حلك على الزنا مع فضل عقلك ؟ قالت : طول السواد وقرب الوساد . والسواد المسارة من ساوده إذا سارّه . ولنا قوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا -

وقوله (ولأن الجلد يعرى) ظاهر . وقوله (والشافعي يجمع بينهما حداً) أي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعاً (لقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ») ولأن التغريب من تنمة الحد ، فكأن أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولأن فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحياء والحييات ، لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحة والموانسة والتغريب قاطع للملك (ولنا قوله تعالى - فاجلدوا - جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء) ورجوعاً نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء ، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ، ألا ترى أنه إذا قال لامرأة إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس بجزء الشرط إلا ما هو المذكور بعد الفاء . وقوله (وإلى كونه كل المذكور) أي رجوعاً إلى كونه كل المذكور ، ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة إلى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج إليه في البيان ، فلو بقي شيء يحتاج إليه ولم يبين لزم الإخلال في البيان في موضع الحاجة

(قال المصنف : ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول : الحسم القطع والأنسب سد باب الزنا

ولأن في التغريب فتح باب الزنا لاعتدال الاستحياء من العشرة ثم فيه قطع مواد البقاء ، فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أفصح وجوه الزنا ، وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه : كفى بالنثي فتنة ، والحديث منسوخ كسطره ،

شارعا في بيان حكم الزنا ما هو . فكان المذكور تمام حكمه وإلا كان تجهيلا ، إذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لأنه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولأنه هو المفهوم لأنه يجعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط ، فلو ثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكنت عنه في الكتاب وهو الزيادة المنوعة . وأما ما يفيد كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد إثبات مالم يوجه القرآن وذلك لا يمتنع وإلا بطلت أكثر السنن وأنها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ، ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الإحداد على المأمورية في القرآن وهو الرخص ، فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح ، وذلك أنه ليس المراد من الزيادة إثبات مالم يشته القرآن ولم ينه . لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم ، بل تنقيده مطلقه على ما عرف من أن الإطلاق مما يرد ، وقد دل عليه باللفظ المطلق ، وباللفظ يفاد المعنى ، فأفاد أن الإطلاق مراد وبالتقييد ينتفى حكمه عن بعض ما أثبت فيه اللفظ المطلق ، ثم لاشك أن هذا نسخ ، وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب ، وظن المعارض أن الإحداد زيادة خلط لأنه ليس تنقيدا للرخص وإلا لو تربصت ولم تحدد في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج من العدة ، وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة ، فلما أثبت الحديث واجبا لأنه يفيد مطلق الكتاب . ثم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجاوز الزيادة به اتفاقا ، والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك إلى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنسا له بنسخ شرطه

والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز ، وقوله (ولأن في التغريب) ظاهر . وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج إليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أفصح وجوه الزنا) لازدياده شهوة . وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علي) نقل بفتح الجيم وكسرهما ، فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلناه . ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى - والذين هم للزكاة فاعلون - وفي الوجه الأول كانت للتعليل . فإن قيل : الأصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة . أجيب بأن هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية ، مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح . ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضعا بعضها بعضا ، وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة إلا لهذا كذا في النهاية . وقوله (والحديث) يعني قوله «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» (منسوخ كسطره

(قوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول : لأنه خبر الواحد ولا يسلخ به الكتاب كما بين في موضعه . وفيه نظر لما سبق . من الاعتراض بنسخ ذلك الخبر به . قوله تعالى - فأسكنوه من اليوت - إلا أن يقال : المراد أنه خبر غير متأخر من تلك الآية فلا يجوز أن يكون نسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم إلخ) أقول : الخصم ينكر صحة النقل عن ، وهذه الجهة لا تقيد إلا بأن طريق ثبوت النقل هو رواية المفعول (قوله مع أن النفي ليس بحكم إلخ) أقول : لعل مراده من النفي (قوله في مثل هذا الموضع إلخ) أقول : لا بد من التعلل في هذا المقام .

الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر . وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم ، بل يجوز أن تروى حمل بعضها نسخ وبعضها لا . ولو سلك الطريق الأول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقى الأمة بالقبول إن كان إجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف ، وإن كان إجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحادا ، وقد خطئ من ظنه بصير قطعا فادعى فيها رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه ، وإذا كان آحادا وقد تطرق إليه احتمال التسخ بقرينة نسخ شرطه فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم تطرق ذلك إليها فأحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فإنه يعارضه فيه ، لأن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد ، فإن أقصى ما فيه دلالة قوله « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه ، بل ما في البخاري . من قول أبي هريرة « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنى عام » وإقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه ، وكونه استعمال الحد في جزء مسياه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجب ، وما ذكر من الألفاظ لا يفيد فجاز كونه تغريبا لمصلحة . وأما ما لك رحمه الله فرأى أن الحديث مادل إلا على الرجل بقوله « البكر بالبكر » فلم تدخل المرأة ، ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الأحكام في النساء بالنصوص المفيدة إياها الرجال بفتح الناط . وأيضا فإن نفس الحديث يجب أن يشمل فإنه قال « خلوا عني قد جعل الله من سبيلا ، البكر بالبكر » الحديث ، فنص على أن النفي والجلد سبيل من ، والبكر يقال على الأنثى ، ألا ترى إلى قوله « البكر تستأذن » ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بأن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحيي منهم إن كان لها شهوة قوية فتضعه ، وقد تفعله الحامل آخر وهو حاجتها إلى ما يقوم بأودها ، ولا شك أن هذا المعنى في إفضائه إلى الفساد أرجح مما ذكره من إفضاء قلة المعارف إلى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجع عليه ، ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال : قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وبقيان سنة . قال : وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : حسبنا من الفتنة أن ينفي . وروى محمد بن الحسن : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال : كفى بالنفي فتنة . وروى عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال : غرّب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خاف في الشراب إلى خير فلقح بهرقل فتصر ، فقال عمر : لا أغرب بعده مسلما . نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تمزيرا له أن يفعله وهو محل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان . ففي الترمذي : حدثنا كريب ويحيى بن أكرم قالوا : حدثنا عبد الله بن إدريس عن عبيد الله بن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرب » إلا أنه قال : حديث غريب . وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيد الله فرقهوه ، ورواه بعضهم عن ابن إدريس عن نافع عن ابن عمر : أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث . وهكذا روى

وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وقد عرف طريقه في موضعه . قال (إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة فيقرّ به على قدر ما يرى) وذلك تعزيز وسياسة لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام ، وعليه يحمل النقي المروى عن بعض الصحابة

من غير رواية ابن إدريس عن عبد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اه . وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن عمر وأبي سعيد الأشج عن ابن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر : إن أبا بكر ضرب وغرب الحديث . لم يقل فيه إن النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب ، لكن روى النسائي : حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبد الله بن إدريس به مرفوعا ، ورواه الحاكم في المستدرک وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال : رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقتة وشهرته ، وقال أيضا : عندى أن الحديث صحيح ، ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبد الله جميع ما ذكر . والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا عن الحفاظ

وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وقد عرف طريقه في موضعه (قيل يعنى في طريقة الخلاف . فإن قيل : هذا إثبات النسخ : بالقياس . أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ما هو . وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان إمساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والإيذاء باللسان ، فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام وخلو اعني خلوا عني قد جعل الله لمن سبيلا » ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني . والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى - الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خلوا عني » ولو كان نسخا لمساك الزواني في البيوت بقوله - الزانية والزاني - لقال عليه الصلاة والسلام خلوا عني . وهذه الدلالة التي هي دالة التقدم هنا مثل دالة التقدم في حديث العرنيين وإليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه : أى دل في حديث العرنيين دال على أنه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم « استزوا البول » وهو جواز الخلّة ، فكل ذلك هنا دل الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى - الزانية والزاني - . وهو ما ذكرنا ، هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين . وقوله (إلا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنقي يعنى إذا رأى الإمام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام ، وعليه يحمل النقي المروى عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما إلى فلك ، وعمر رضي الله عنه سمع قائلا تقول :

(قوله قيل يعنى في طريقة الخلاف) أقول : صاحب التلخيص هو الإجماع . وقال الإجماع في شرح قوله إذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره : طريقة الخلاف اسم كتاب للإمام علاء الدين العالم (قوله حاصل ذلك أن حكم الزنا هنا) أقول : قال الإمام فخر الدين الزيلعي : حكم الزنا كان في الابتداء الإيذاء باللسان كما قال الله تعالى - فأزوجهما - ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى - فأمسكوهن في البيوت الآية اه . فبه نوع مخالفة لما في النهاية والتمتاع في التلخيص (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : مخالفة لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى - أو يحمل الله من سبيلا - ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز الخلّة فكل ذلك هنا الخ) أقول : هنا خلاف لا يخفى . ثم نسخه في حق جواز الخلّة لما روى من النبي عنها بعده لا كلام فيه ، وإنما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بأبوال الإبل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل .

(وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لأن الإتيان مستحق فلا يتمتع بسبب المرض (وإن كان حله الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضى إلى الهلاك وهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وإن زنت الحامل لم تحم حتى تضع حملها) كيلا يؤدى إلى هلاك الولد وهو نفس محرمة (وإن كان حلها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها) أى ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء . بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغنى ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بربيتها لأن فى التأخير

وأما عن أبى بكر وعمر فلا اختلاف فيه ، وقد أخرج ذلك عنهما أيضا فى الموطأ . وأما روايته عن عثمان فى مصنف ابن أبى شيبة : حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال : جلد عثمان امرأة فى زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري إلى خيبر فنفاها إليه . فهذا التغريب المروى عن ذكرنا كتغريب عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قاتلة :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فى ماجد الأعراق مقتبل سهل الحيا كريم غير ملجج

وذلك لا يوجب نكاحا ، وعلى هذا كثير من المشايخ السلوك المحققين رضى الله عنهم ورضى عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يفرقون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولباس لتكسر نفسه وتلين ، ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذى ينبغى أن يقع عليه رأى القاضي فى التغريب ، لأن مثله فى ندم وشدة ، وإنما زل زلة لغلبة النفس . أما من لم يستحي وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لاشك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله وإذا زنى المريض وحده الرجم) بأن كان محصنا حدث لأن المستحق قتله ورجمه فى هذه الحالة أقرب إليه (وإن كان حله الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لأن جلده فى هذه الحالة قد يؤدى إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه ، ولو كان المرض لا يرسى زواله كالسل أو كان خلجا ضعيفا لإلحقة فعندنا وعند الشافعى يضرب بمشكال فيه مائة شراخ فيضرب به دفعة ، وقد سمعت فى كتاب الإيمان أنه لا بد من وصول كل شراخ إلى بدنه ، وكذا قيل لا بد أن تكون حيلة ميسورة ، ولخوف التلف لا يقام الحد فى البرد الشديد والحر الشديد ، بل يؤخر إلى اعتدال الزمان ، وهذا فى البرد عند من يرى تجريد المخلود ظاهر لأنه قد يمرض ، أما الحر فلا . نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صبح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا سارح فلا يقتضى الحال تأخير حده للبرد والحر ، بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفسولين (قوله وإذا زنت الحامل) لم تحم حتى تضع حملها (ولو جلدا) كيلا يؤدى إلى هلاك الولد لأنه نفس محرمة (لأنه مسلم لا جريمة منه ، فلو ولدت أو كانت نفسا فحتى تتعالى

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فى ماجد الأعراق مقتبل سهل الحيا كريم غير ملجج

فطلب نصرا ونفاه ، وذلك لا يوجب النكاح ، ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له ، فقال : ما ذنبى يا أمير المؤمنين ؟ فقال : لا ذنب لك ، وإنما الذنب لى حيث لا أظهر دار الهجرة منك . وعثمان رضى الله عنه جلد زانيا ونفاه إلى مصر ، وعلى رضى الله عنه جلد ونفى ثم قال : كفى بالنكاح فتنه ، وكل ذلك معمول على السياسة والتعزير . وقوله (وإذا زنى المريض الخ) ظاهر .

صيانة الولد عن الضياع ، وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية بعد ما وضعت « ارجعى حتى يستغنى
ولذلك » ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل
فلا يفيد الحبس .

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب)

من نفاها في الجلد ، ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضغ بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى
للنساء ولا يقبل قولها ، فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجها (ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة
إلى أن تلد) وإن ثبت بالإقرار لا تحبس لعدم الفائدة لأن لها الرجوع متى شامت . وعن أبي حنيفة إذا ولدت لا تحبس
حتى تقطم الولد إذا لم يكن له من يريه . وتقدم في حديث الغامدية « أنه ردّها حتى يستغنى فرجعت ثم جاءت به
وفي يده كسرة وقالت ها قد قطمته » وفي حديث آخر قال « اذهبي حتى تضعي ما في بطنك » قال : فكفلها
رجل من الأنصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : إذا لانرجها
وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إلى رضاعه ، قال : فرجها » وهذا
يقضى أنه رجها حين وضعت ، بخلاف الأول . والطريقان في مسلم وهذا أصبح طريقا لأن في الأول بشير بن
المهاجر وفيه مقال . وقيل يحتمل أن تكون امرأتين وقع في الحديث الأول نسبها إلى الأزد . وفي حديث عمران
ابن حصين : « جاءت امرأة من جهينة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفيه رجها بعد أن وضعت » .

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب)

لما كان الكتاب إنما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الأصلي ، فلزم الابتداء بتعريفه لغة
وشرعا ففعل المصنف ذلك ، ثم أراد تقديم حد الزنا مقدمه وأعطى أحكامه لأنها هي المقصودة وذلك بثبوت
سببه . وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية إقامته وشروطها فكان تصورها حقيقة السبب الذى هو الزنا
بالنسبة إلى مقصود الكتاب ثانيا ، وإن كان بالنسبة إلى التحقق في الوجود أولا فأخبر المصنف تعريفه إلى أن فرغ
من المقاصد الأصلية ، وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع : يعنى لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا

وقوله (قال للغامدية) روى « أن الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال
لها عليه الصلاة والسلام : ارجعى حتى تضعي ما في بطنك » فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرت ، فقال : لها ارجعى
حتى يستغنى ولذلك ، فقالت : أخاف أن أموت قبل أن أحده ، فقال رجل : أنا أقوم بريبة ولدها يارسول الله .
فأمر صلى الله عليه وسلم برجها » فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان إذا لم يكن لولدها مرب .

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب)

لما فرغ من بيان إقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجب ، وقد ذكرنا تعريف الزنى في أول

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب)

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وأنه عرف الشرع والسان : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك ، وشبهة الملك لأنه فعل محظور ، والحكمة على الإطلاق عند التعرّى عن الملك وشبهته ،

التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا لأن في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وإن كان هو في نفسه أمرا شرعيا ، لكن ثبوته بالشرع الأول بالضرورة ، والناس لم يتركوا سدى في وقت من الأوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بحث آدم عليه السلام ، أو من قبل بعثه بوحى يخصه : أى يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوى سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وإن كان الوضع قبلها فثبتت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ، ولا شك في أنه تعريف للزنا في اللغة والشرع ، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم ، والموجب للحد منه بعض أنواعه ، ولذا قال صلى الله عليه وسلم «العنان تزنيان وزناهما النظر» ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا ، فدل على أن فعاه زنا وإن كان لا يحد به ، فلو لا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لاصح تعريفه ولم يرد عليه شيء ، لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا في قصده إلى تعريف الزنا الموجب للحد ، وحينئذ يرد على طرده وطء العصبة التي لا تشبه وطء المحنون والمكره ، بخلاف الصبي ، فإن الجنس وطء الرجل ، فالأولى في تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشبهة حالا أو ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الإسلام ، فخرج زنا الصبي والمحنون والمكره بالصبي التي تشبه المينة والبهيمة ودخل وطء

كتاب الحدود ، وذكره المصنف ههنا . وأعرض بأنه غير منعكس لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حاد القذف ، وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه . وأجيب بأن هذا التعريف إنما هو بالنسبة للأصل والمرأة تدخل فيه تبعاً لما سيجيء به بعد هذا

(قال للمصنف : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك الخ) أقول : قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أرا قبل ، ثم أقول : الأول أن يقول المشبهة احترازاً عن وطء صبية لا يجتمع عليها ، فإن وعاءها لا يوجب الحد كما سيجيء الإشارة إليه ، ثم الأول أن يقول من طوع احترازاً عن وطء المكره حيث لا يوجب الحد وسيجيء ، وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جواباً عن هذا في باب العين في الدخول والسكنى إلا أن فيه أيضاً كلاماً مع أن المصنف أبدل إلى المكره الزنا فيما سيجيء . قال في البدائع : الزنا في عرف الشرع اسم لوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاعتياد فحار المثل من الزم أحكام الإسلام الباري عن حقيقة الملك وعن شبهة وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وفيه وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً . وفيه أيضاً قوله وعن حق الملك احترازاً عن وطء رجل من العائنين جارية من المثل قبل التسمية بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله فإنه لا حد عليه وإن علم أنوطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لا بتقادم سبب الثبوت ، فإن لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ، ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبته لأن ثبوت النسب يثبت الملك فالعمل لما من كل وجه أو من وجه . ولم يوجه قبل التسمية بل الميعود سق عام وأنه يمكن سقوط الحد ولا يمكن لثبوت النسب . وقوله عن الزم أحكام الإسلام احتراز عن الحرب وسيجيء . وقوله وشبهه فبقوله وعن حقيقة النكاح وشبهه احترازاً عن أمثال وطء الحرام بتكاح وسيجيء . وقوله وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً احترازاً عن وطء الموقوفة للغير وزوجها ووطء الأعمى من أجابه . يظن أنها أمراؤه وسيجيء . وقوله لأن الزنا يصدق في فعل المرأة (أقول : أى يتحقق ، فإن الصبي للمعنى بن يكون بمعنى الصبي كاتين في كتب الميزان) قوله هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا الخ) أقول : لعل المشار إليه بقوله هذا الفعل هو الوطء أو فعل الرجل المفهوم من التعريف المذكور . قال في النهاية : ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ، ولو قلها قاذف بالزنا يجب عليه حد القتل إذا كانت حرة في فعل الزنا . وغير القاصح إلى قوله ولهذا لا يحد الخ ، إذ المطلوب هو صدق الزنا على فعله وسد قاذفها بالزنا لا يحد عليه صريحاً لأن أن يقال الحد قلها بما لا يصدر منها ولا يصور صبرها ، بخلاف ما ذكره القاصح للقيام ، ثم لا يبيح ترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو التام في هذا المقام ، فإن يصدر بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ما يجب (قوله والمرأة تدخل فيه تبعاً) أقول : قوله والمرأة أى وزنا المرأة ، وقوله تدخل فيه تبعاً : أيونهم تعريفه الزنا (قوله لما سيجيء به بعد هذا الخ) أقول : لعله لتدليل لأصالة الرجل المنعهم بالتفريق .

العجوز، ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فإنه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف . وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التحكين طوعا، إن كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التحكين هو مسمى زنا لفة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتحكين ، فلا شك في أنه لا يشمل الجنس الذي هو وطء المكلف لأنه ليس هو عين تحكين المرأة ففساد الحد بحاله ، وكون فعلها تبعا لفعله إنما هو في الوجود الخارجي ، والكلام في تناول اللفظ وإن أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها في قوله تعالى - الزانية والزاني - بطريق المجاز فلا حاجة إلى أنه تبع بل لا يجوز إدخاله في التعريف . وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما إذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيا على قول أبي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتي ، وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما ، فإذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هي واطئة ولذا ساءها سبحانه زانية . وأعجب من هذا الجواب أنه قال في الإيراد المذكور على التعريف مغالطة ، وأقطع بأن وطأه ليس يصدق على تمكينها بهو هو ، فإذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم التمكن اللفظي تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي إذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها إذا كانت طائعة لا يقتضي أن اللفظ الخاص بفعله يشمل الله الموفق . فالخبر أنها إن كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها ، بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة إلى كل منهما فيقال إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشهاته حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على مالهو كان مستلقيا فعدلت على ذكره فركها حتى أدخلته فأنهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التحكين . وقوله لأنه فعل الخ تحليل لأخذ عدم الملك وشبهته في الزنا : أي إنما شرط ذلك لأن الزنا محظور فلا بد في تحققه من ذلك . وقوله يؤيده الحديث : أي يؤيد الأمرين معا ، وذلك لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق أولى فهو بدلالته ، ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا ، وذكر أنه في الخلافات للبيهقي عن علي رضي الله عنه ، وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ادعوا الحدود بالشبهات » وأسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم هو النخعي قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات . وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادراه . وتقول ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يخل أن يدرأ بشبهة ، وشنع بأن الآثار المذكورة لإثبات البرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها ، وأعل ما عن ابن مسعود بما رواه عبد الرزاق عنه بالإرسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فإنها معلولة بإسحاق بن أبي فروة . وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام « ومن اجتراً على ما يشك فيه من الإثم أو شك أن يواقع ما استبان ، والمعاصي حى الله تعالى » من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » فإن معناه : أن من جهل حرمة شيء وحله فالورع أن يمسك عنه ، ومن جهل وجوب أمر وعلمه فلا يوجهه ، ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه ، ونجمن نقول : إن الإرسال لا يقدح ، وأن الموقوف في هذا لحكم المرفوع

يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « ادعوا الحدود بالشبهات » ثم الشبهة نوعان : شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكيمة .

لإن إسقاط الواجب بعد ثبوته شبهة خلاف مقتضى العقل ، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع شبهة ، فحيث ذكره مصابي على الرفع . وأيضا في إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تنذر بالشبهات كناية ، ولذا قال بعض الفقهاء : هذا الحديث متفق عليه ، وأيضا تلقته الأمة بالقبول . وفي تتبع المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة . فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز « لعلك قبلت ، لعلك لمست ، لعلك نحرزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا ، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك وبلا فلا فائدة . ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان ودعة عندك فضاعت ونحوه ، وكذا قال لاسارق الذي جىء به إليه « أسرت ما إخاله سرق » وللغامدية نحو ذلك ، وكذا قال على « رضى الله عنه لشرحة على ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت تائمة ، لعله استكرهك ، لعل مولاك زواجك منه وأنت تكتمينه ، وتبيع مثله عن كل واحد يوجب طولا . فالحاصل من هذا كله كون الحد يمتثل في درته بلا شك ، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لتقصيد الاحتياط للردم كلها كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد صريح الإقرار وبه الثبوت ، وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله « ادعوا الحدود بالشبهات » فكان هذا المعنى مقطوعا بشيئته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكاً في ضروري فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه . وإنما يقع الاختلاف أحيانا في بعض أهي شبهة صالحة للردم أو لا بين الفقهاء . إذا عرف هذا فنقول : الشبهة ما يثبت الثابت وليس بثابت ، وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات ، فالشافعية قالوا : الشبهة ثلاثة أقسام : في المحل ، والفاعل ، والجهة . أما الشبهة في المحل فقوط .

أن كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة ، وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة . فإن قيلت : قوله لأنه فعل محظور بتعليل واقع في غير محله لأنه في التصورات . قلت : التعليل ليس لإثبات التعريف وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا . وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك لأنه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال ، لأن النقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في المحظور عند التعري عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ادعوا الحدود بالشبهات » ثم الشبهة) وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان : شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أى هي شبهة في حق من أشبهه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشبهه عليه ، حتى لو قال علمت أنها تجرم على حد (وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكيمة) وتسمى شبهة ملك أيضا فلأنها لا توجب الحد ، وإن قال علمت أنها حرام على

(قوله وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة) أقول : سيحى من المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم يحى أن الحربي إذا زنى بفسية والمكره مطوعة تحم النية والمطوعة دون الحربي والمكره عند أبي حنيفة ، وبهذا الذي ذكره الفارح مخالف لما سيحى . وجوابه أنه موجب فيها أيضا ، وإنما السقوط لاجتماع كسقوط التماس من الأب فلا مخالفة (قوله وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا) أقول : الأول أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف ، لا أن يقال : المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج إلى البيان ، ولإيراد المصنف في التعريف ليكون كالتعريف لا ذكر الشبهة فيلزم (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول : فيكون تعليل الحكم المسمى الذى يفهم من التعريف (قوله لأنه فعل محظور يوجب الحد فيحرم فيه) أقول : أى ينظر في المحظر .

فالأولى تتمحق في حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه .
والثانية تتمحق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته . ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده . والحد يسقط بالنوعين
لإطلاق الحديث . والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد . ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض
زنا في الأولى ، وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهه الفعل في ثمانية

زوجته الحائض والصائمة والحرة وأمه قبل الإستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ، ولو وطئ أمته المحرمة عليه
برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوعة أبيه أو ابنه يجب الحد على الأظهر .
وأما الشبهة في الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها طائا أنها امرأته فلا حد ، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق
بيمينه . وأما الشبهة في الجهة قال الأصحاب كل جهة صحها بعض العلماء وأباح الوطء بها لأحد فيها وإن كان
الواطئ يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود . وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين : شبهة في الفعل
وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة : أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه . وشبهة في المحل
وتسمى شبهة حكيمية وشبهة ملك : أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالأولى تتمحق في حق من اشتبه
عليه الخ) أي من اشتبه عليه المحل والحرة ، ولا دليل في السمع يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن
جارية زوجته تحمل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن ، وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن
لادليل أصلا تثبت الشبهة في نفس الأمر ، فلم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهي الشبهة
الحكيمية (تتمحق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام « أنت وما لك لأبيك » سواء ظن
الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الأمر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل
منهما لإطلاق الحديث) يعني قوله عليه الصلاة والسلام « ادعوا الحدود بالشبهات » (وقوله والنسب يثبت
في الثاني) أي في شبهة المحل (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا لفرض أن لاشبهة

(فالأولى تتمحق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما إذا ظن أن جارية امرأته تحمل له بناء على
أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية محل فكلذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة إلى الظان (والثانية تتمحق بقيام الدليل
الثاني للحرمة في ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصال بها (و) هذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط
بالنوعين (جميعا (لإطلاق الحديث) لكن في الأولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت في الثاني)
أي في الوطء الثاني ، وقيل أي في المذكور الثاني ، والأولى أن يقال في النوع الثاني (إذا ادعى الولد ولا يثبت
في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض) أي خلص (زنا في) الشبهة (الأولى وإن سقط الحد لأمر راجع إليه)
أي إلى الواطئ . وقيل هذا ليس بمجرى على عومه ، فإن المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لأن هذا وطء في شبهة

(قال المصنف : والنسب يثبت في الثاني إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول) أقول : في الثاني : إذا وطئ أمته الجدة أو ولده لأبجد لشبهة الملك ،
فإن حبلت فولدت لا يثبت نسبة عند قيام الأب . ويؤول صاحب النهاية عن عزارة الفقيه أبي الليث : إذا زنى بجارية فاطمه والأب في الأحياء وقال
ظننت أنها على حرام لأبجد ويثبت النسب . وفي معراج الدراية : ذكر البرزوقي : وطئ جارية حافده والأب في الأحياء لأبجد المند باعتبار
الولاد ، والشبهة نهأت من الأبوة وهي قائمة ولهذا يمتنع عليه ، لكن ليس له ولاية الملك حال قيام الأب الأقرب فلا يمكن تحقيق الفراق مع
ساس الحاجة في وطئها في غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفي لدره الحد ولا تكتفي لإثبات النسب . قال الإقناعي : الحد إذا وطئ جارية
وله ولده لا يثبت النسب ، ولا يجب الحد إذا كان الأب في الأحياء ، كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير (قوله وقيل هذا ليس
بمجرى على عومه) أقول : وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيحكي في الورق الآتي (قوله لأن هذا وطئ في شبهة الملك) أقول : فيه بحث

مواضع : جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثا وهي في العدة . وبأننا بالطلاق على مال وهي في العدة ، وأم ولد أعتقها مولاهما وهي في العدة ، وجارية المولى في حق العبد ، والجارية الموهوبة في حق المرتب في رواية كتاب الحدود .

ملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع إليه : أي إلى الواطئ لا إلى المحل ، فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ، وكذا لا يثبت به عدة لأنه لا عدة من الزاني . قيل هذا غير مجرى على عمومته فإن المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لأنه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب . وفي الإيضاح : المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا . قال شارح : بل هو على ظاهره . وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علق سابق على الطلاق ، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين : يعني لأنه إذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار الملق قبل الطلاق ، بخلاف ما إذا كان تمامهما ، وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها إذا جاءت به تمام سنتين إنما لا يثبت نسبه إذا لم يدعه ، أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويعمل على وطء في العدة بشبهة ، والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بأنه زنى محض ، فلا بد من الجميع بحمل أحد النصين على ما هو الأولى في النظر . وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد ، بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فإنه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع : أن يطل جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وإن عليا أو زوجته ، أو المطلقة ثلاثا

العقد فيكفي لإثبات النسب . وفي الإيضاح : المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثا ، وعدة شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر ، فإذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد ، وإن قال الرجل علمت أنها حرام على وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحد واحد منهما . أما المرأة فلدعوى الشبهة ، وأما الرجل فلأن الزنا يقوم بهما ، فإذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشبهة على ماسيجيه . فإن قيل : ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي . أجيب بأن وجه بقاء بعض الأحكام بعد الطلاقات الثلاث من الثقة والسكنى وحرمه نكاح الأخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين . فإن قيل : بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أو لا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في إسقاط الحد . أجيب بأنه خلاف غير معتد بنسخ لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه ، وإنما قيد الطلاق الباقي بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وإن قال علمت أنها على حرام على ما يجيء ، وشبهة أم ولد أعتقها مولاهما ماقانا في المطلقة ثلاثا وهي في العدة من قيام أثر القراض فكان الظن في موضع الاشتباه ، وشبهة العبد في جارية المولى أنيسا يده العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الإنسياس فيها بالوطء (والجارية الموهوبة في حق المرتب في رواية كتاب الحدود) يعني إذا قال المرتب ظننت أنها تحل لي لا يحد ، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما في الجارية المشتركة لأنه وطئ جارية أنقذه له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد أشبهه عليه أو لم يشبهه قياسا على الملو وطئ جارية اشتراها على أن الياض بالخيار ، وإنما قلنا أنقذه له فيها سبب الملك

ففي هذه المواضع لاحد عليه إذا قالت ظننت أنها تحمل لى . ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد . والشبهة في المحل في ستة مواضع : بجارية ابنه ، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكتابات ، والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم والمهورة في حق الزوج قبل القبض ، والمشاركة بينه وبين غيره ، والمهونة في حق المرتين في رواية كتاب الرهن : ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها على حرام .

في العدة ، أو بائناً على مال ، وكذا المختلعة بخلاف البيئونة بلا مال فهي من الحكمية ، أو أم ولده التي أعتقها وهي في عدته والعبد يطأ بجارية ولده ، والمرتين يطأ المهونة في رواية كتاب الحدود وهو الأصح ، والمستعبر للرهن في هذا بمنزلة المرتين (ففي هذه المواضع لاحد إذا قال ظننت أنها تحمل لى ، ولو قال علمت أنها حرام على ونسب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لاحد عليهما حتى يقرأ جميعاً بعلمهما المحرمة لأن الشبهة إذا ثبتت في الفعل من أحد الجانبين تعدت إلى الآخر ضرورة . والشبهة في المحل في ستة مواضع : بجارية ابنه ، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكتابات . والجارية المبعة إذا وطئها البائع قبل تسليمها إلى المشتري ، والمهولة مهراً إذا وطئها الزوج قبل تسليمها إلى الزوجة لأن المالك فيهما لم يستقر للزوجة والمشتري والمالك كان مساعداً على وطئها بذلك اليد مع الملك وبذلك اليد ثابت والمالك الزائل منزول والمشاركة بين الواطئ وغيره . والمهونة إذا وطئها المرتين في رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالختارة (ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها على حرام)

لأنه بالهلاك يصير مستوفياً حقه من وقت الرهن ، وإذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك . ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياساً على الإجارة فإنها لا يفيد ملك المتعة بحال ، فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشته كما في الجارية المستأجرة للخدمة ، إلا أنه لا يجب إذا اشتبه عليه لأنه موضع اشتباه لأن ملك المال في الجملة سبب ملك المتعة وإن لم يكن سبباً في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه أنه هل ثبت له بهذا القدر ملك المتعة أولاً ، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المتعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه مالا يشته ، وبخلاف البيع بشرط الخيار لأنه إنما يفيد المالك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب الملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة ، وهما إنما يملك مالاً المهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المتعة . ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها (بجارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » (والمطلقة طلاقاً بائناً بالكتابات) لاختلاف الصحابة في كونها رجعية أو بائية (والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم) لأن اليد التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل (والمهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشاركة) لقيام الملك في النصف (والمهونة في حق المرتين في رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففي هذه المواضع لا يجب الحد) بكل تقدير ، وهذان النوعان

(قوله فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية) أقول : لفظه ما في قوله فما أورث نافية (قوله وإن لم يكن سبباً في الرهن) أقول : لأنه إنما يملك مالاً المهون بعد الهلاك : فإذا لا يقبل ملك المتعة كما استذكره (قوله والمهورة في حق الزوج) أقول : التي جعلت مهراً (قوله قبل القبض) أقول : أي قبل قبض الزوجة .

ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقر لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، إذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة متفتحة .

لأن المانع هو الشبهة وهي هنا قائمة في نفس الحكم : أي الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظراً إلى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ونحوه ، ولا اعتبار بمعرفة بالحرمة وعلمها . وفي الإيضاح في الموهبة إذا قال ظننت أنها محل في ذكر في كتاب الرهن أنه لا يحد ، وفي كتاب الحدود يحد ، فلا يعتبر ظنه لأنه لا استيفاء من عينها بل من معناها ، فلم يكن الوطء حاصلًا في محل الاستيفاء أصلاً فلا شبهة فعل وصار كالغرم إذا وطئ بجارية الميت . وجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفياً ومالكا بهلاكه . وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع . ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستأجرة للخدمة ، ومقتضاه أن يجب الحد وإن اشتبه ، إلا أن ملك العين في الجملة سبب ملك المتعة وإن لم يكن في الرهن سبباً ، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المتعة ولا يمكن كونه سبباً لملك المتعة وبخلاف البيع بالتخيير فإنه يفيد الملك حال قيام الجارية ، بخلاف الموهبة لا يفيد الملك إلا مع هلاكها ، فلا يتصور كون ملكها سبباً للاستمتاع بها فكان كذلك المتعة . هذا وقد دخل في سبب الملك صور : مثل وطء جارية عبده المأذون والمديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري ، ويذنب أن يزداد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستبراء فيملك غير ذلك أيضاً كالزوجة التي حرمت برزخها أو بمطاحتها لابنه أو جماعها أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه ، لأن بعض الأئمة لم يحرم به فاستحسن أن يندرك بذلك الحد فلاقتصر على السنة لافائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وإن كان العقد متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقر لا تثبت هذه الشبهة إذا علم بتحريمه . ويظهر ذلك في نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة : شبهة الفعل ، وشبهة المحل ، وشبهة العقد ، وكذا قسمها في الخط . وذكر في شبهة العقد أن يوطأ التي تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاهما وهي أمه أو وطئ البعد من تزوجها بغير إذن مولاه . قال : ولو تزوج أمة على حرة أو غوسية أو غسما في العقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لاحد عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب الحد .

من الشبهة هو ما كان راجعاً إلى الفاعل والقائل ، وشم شبهة أخرى وهي التي تثبت بالعقد فإنها عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه ، وسواء كان الواطئ عالماً بالحرمة أو جاهلاً بها (وعند العلماء (الباقر لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . إذا عرفنا هذا) أي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تحريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه .

(قوله هو ما كان راجعاً إلى الفاعل (الخ) أقول : كأنه يشير إلى دفع اعتلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعاً إلى أحداهما (قال المصنف) ثم القية عند أبي حنيفة خيلت تثبت بالعقد) أقول : أي الشبهة في المحل ، وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا غل في الحصر في نوعين كالإيضاح ، ولو سلم أنها مغايرة لما فالقسم هو الشبهة التي لا اختلاف فيها .

وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع . ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لاختلاف . ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد . وأم الولد إذا اعتقها مولاهما والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة (ولو قال لما أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها على حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه ، فمن مذهبه عمر أنها تطليقة رجعية ، وكذا الجواب في سائر الجنايات

(قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) إذ قال تعالى - فإن طلقها - يعني الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - (وعلى ذلك الإجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أي في الحل وهم الإمامية والزيدية القائلون بأن الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به إلا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لأنه خلاف) بعد تقرر الإجماع فلا يعتبر (لاختلاف) كائناً بين الأمة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الإجماع ليعتبر ، وهذا لما قدمناه في أول كتاب الطلاق من أن إجماع الصحابة تقرر في زمن عمر على ذلك ، وأن الأحاديث الواردة في أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة إلى آخر ما يلعب فيها أسانفاه ، وصح عن علي رضي الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه . ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر إنما هو على الإجماع لاهل المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لأن محل انتفاء الحل في الكتاب ما إذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ، ولا خلاف لأحد فيها ، إنما خلافهم في الثلاث مرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه ، لأن أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب إذا ولدت ، وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ، ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتع شهادة كل منهما لصاحبه ، فأمكن أن تقيس جل الوطء على بعض هذه الأحكام فتجعل الاشتباه عليه علواً في سقوط الحد عنه ، بخلاف ماله وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لي أوجابية أجنبية على ما يأتي لأنه في غير موضعه (قوله وأم الولد إذا اعتقها مولاهما) وفي في العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثاً لثبوت الحرمة بالإجماع) يريد حرمة أن يطأها في العدة ، بخلاف الرجعية فإنه لا إجماع في حرمة ، وبخلاف ما إذا طلقها بالكتابة كان (قال أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها على حرام لا يحد لاختلاف الصحابة) في الكتابة (فمن مذهبه عمر أنها) أي الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود . ففي مصنف عبد الرزاق : حدثنا الثوري عن منصور ، حدثني إبراهيم عن علقمة والأسود أن ابن مسعود : جاء إليه رجل فقال : كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت : لو كان الذي بيدك من أمرى بيدي لعلمت كيف أصنع ، قال : فقلت لما قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثاً . قال ابن مسعود : أراها واحدة وأنت

وقوله (وقد نطق الكتاب) يعني قوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد - وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والإمامية ، فإن الزيدية تقول إذا طلقها ثلاثاً جملة لا يقع إلا واحدة ، والإمامية تقول إنه لا يقع شيء أصلاً لكونه خلاف السنة ، ويؤمنون أنه قول علي رضي الله عنه (لأنه خلاف لاختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً والمقصد واحداً ، والمخلاف أن يكون كلامهما مختلفاً . وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لي) ظاهر . وقوله (في حق النسب) يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا التنبس بهذا الوطء فإنه لا يثبت .

وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها على حرام) لأن الشبهة حكائية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» والأبوة

أحق بالرجعة ، وسألنا أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : ماذا قلت ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها ، قال : وأنا أرى ذلك ، وزاد من طريق آخر : ولو رأيت غير ذلك لم تصب . وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفه أنهما قالاً في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أمك برجعها . وأخرج محمد بن الحسن في الآثار : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما كانا يقولان في المرأة إذا خبرها زوجها فاختارته فهي امرأته ، وإن اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أمك بها . ومن مذهب علي بن أبي خنيفة وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة إلى غير ذلك بما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث ، وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلة وقال : ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع . وهذا غلط لأن اختلافهم فيه إنما هو في كونه فسخاً أو طلاقاً ، وعلى كل حال الحرمة ثابتة فإنه لم يقل أحد إن المختلة على مال تقع فرقها طلاقاً رجعيًا ، وكذا لو نوى ثلاثاً بالكنية فوقع فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت أنها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف ، وإذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية ، وعرف أن تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ، ولم يعتبر أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به ، فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وإن كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» غير معمول به في إثبات حقيقة ملك الأب مال ابنه نفسه ، وهذه المسئلة يلغز بها فيقال : «طلقة ثلاثاً وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد» وهي ما وقع الثلاث عليها بالكنية (قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده) وإن كان ولده حياً وإن لم تكن له ولاية تملك مال ابنه حال قيام ابنته ، وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاء ، وهذا لأن الشبهة حكائية لأنها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذرى عن جابر «أن رجلاً قال : يا رسول الله إن في مالا وولدا وأنى يريد أن يمتصح مالى ، فقال : أنت ومالك لأبيك» . وأخرج الطبراني في الأصغر والبيهي في دلائل النبوة عن جابر «جاء رجل إليه عليه الصلاة والسلام فقال : يا رسول الله إن أباي يريد أن يأخذ مالى ، فقال عليه الصلاة والسلام : ادعه ليه ، فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام : إن ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله ، فقال : سله هل هو إلا عمته أو قراباته ما أو أنفقه على نفسي وعيالى ، قال : فهبط جبريل عليه السلام فقال : يا رسول الله إن الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه أذناه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قلت في نفسك شعرا لم تسمعه أذناك فهاته ، فقال : لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة و يقينا ، ثم أنشأ يقول :

خلوتك مولودا ومنتك يافعا تعلم بما أجنى عليك وتهمل
إذا نيلة ضاقتك لم أيت لسقمك إلا ساهرا آتمل

وقوله (وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أى كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وإن قال علمت أنها على حرام لأن اختلاف الصحابة لا يرفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد . وقوله (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده) يعنى وإن كان ولده نكحاً ، وقد يشى إلى ذلك

قائمة في حق الجلد . قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحلى فلا حد عليه ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا

تخاف الردى قضى عليها وإنها لتعلم أن الموت حتم موكل
كأنى أنا المطروق دونك بالمدى طرقت به دوني فعنى تهمل
فلما بلغت السن والغاية السن إليك مراما فيك كنت أومل
جعلت جزائي غلظة وغلظة كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك إذ لم ترع حق أبوكي فعلت كما البحار المجاور يفعل
فأوليتي حق الجوار ولم تكن على بمال دون مالك تبخل

قال : فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتليب ابنه وقال : اذهب أنت ومالك لأبيك . وروى حديث جابر الأول من طرق كثيرة . وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضى بإطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والد سيدها وجده . وإن كان ولده الذي هو سيد الأمة حيا فإنه قال في وضع المسئلة : لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده . ثم قال : ويثبت النسب : أى من وطئ جارية ولده وولد ولده ، لكنه إنما أراد من وطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجلد لا يملكها حال حياة الأب . وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزنة الفقه لأنى الليث : إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بطله : وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ، ونفس أبى الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب ، وصرح به في الكافي . وفي المبسوط : أن من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حيا لم تثبت دعوى الجلد إذا كذبه ، وكذا الولد لأن صحة الاستيلاء تبتقى على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الأب ، ولكن إن أقر به ولد الولد عتق بإقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجلد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ، ولا شيء على الجلد من قيمة الأمة لأنه لم يملكها ، وعليه العقر لأن الوطء ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكيمة وهي البتة فيجب العقر ، وكذلك إن كانت ولدت بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر ، لأنا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه ، وإن كانت ولدت بعد موته ستة أشهر فهو مصدق في الدعوى ، صدقه ابن الابن أو كذبه ، لأذا العلوق حصل بعد موت الأب ، والجد عند عدم الأب كالأب في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاء (قوله وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها في فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر بجده لقيام الوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد ، كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت حلها في لا يحد ، وإن قال علمت حرمها حد (لأن بين هؤلاء) أى بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا في الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين الإنسان وأخيه وعمه على ما يأتي (فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا

تعليق الكتاب وهو قوله والأبوة قائمة في حق الجلد . وقوله (وقد ذكرناه) أى في باب نكاح الرقيق .

حقيقة فلا يجد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد (وإن وطئ جارية أخيه أومعه وقال ظننت أنها يحل لي حد) لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا .

حقيقة فلا يجد قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أي إذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاي أو ابن مولاي أو مولاي يحل لي أو زوج سيدتي وكذا في الآخرين (والفحل لم يدع) ذلك لا يجد (في ظاهر الرواية لأن الفعل واحد) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجد الفحل لأن الشبهة إنما تمكنت في التبعية وهي المرأة لأنها تابعة في الزنا فلا تكون متمكنة في الأصل ، بخلاف ثبوتها في جانب العبد إذا قال ظننت حلها لأن الثبوت في الأصل يستتبع التبعية . وأجيب بأن الفعل لما كان واحدا له نسبة إليهما كان ما ثبتت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه . وأورد عليه ما رزق البالغ بصنية يجد هو دونها . أجيب بأن سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة في الفعل فإنه لم تثبت شبهة فوجب الحكم عليه وإنما تعذر لمجاهاه عليها لأنها ليست أهلا للعقوبة ، بخلاف ما نحن فيه فإن الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه ، وإذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجه وغيرها ، ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وإن صدقته الزوجة أنه ولده (قوله وإن وطئ جارية أخيه أومعه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والحالة (وقال ظننت أنها يحل لي حد) لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر ، فدهوى ظنه الحل غير معتبرة ، ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام ، وإنما ينفيه مسئلة الحرفي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحد ، وإن كان فعله أوك يوم دخل الدار لأن الزنا حرام في جميع الأديان والمثل لا يختلف في هذه المسئلة ، فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يجد لا تنفاه شرط الحد ، ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الأمر علمه بالحرمة في نفس الأمر ، فإذا لم يكن عالما لاحد عليه كان قليل الحدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر لأنه لا معنى لكونه واجبا في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام ، لأنه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا ، بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة ، ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد على الإمام . هذا ، وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع ، فظهر أن بينهما انبساطا . أجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة

قوله (وكذا إذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت أنها يحل لي وقد قدمناه . وقوله (في الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أي لاحد على العبد في ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) فورد الشبهة في أحد الجانبين يكتفى لإسقاط الحد عن الآخر . فإن قيل : يشكل هنا بما إذا زنى البالغ بصنية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد . أجيب بأن سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات وكلامنا فيما إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك يؤثر في الجانب الآخر (وإن وطئ جارية أخيه أومعه وقال ظننت أنها يحل لي حد) لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعني قوله لا انبساط في المال فيما بينهما . فإن قيل : لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني إذا سرق مال أخيه أو أخيه لا يقطع . أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز ، وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو المقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد .

(ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لاحت عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعلة ؛ ولأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه ، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور . ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الملك متعدي حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل ، وهذا

ينبئ معنى الخرز فأنقذ القطع . أما الحد فنوطئ بعدم الحبل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أى بعثت (إليه غير امرأته وقال النساء هى زوجتك فوطئها لاحت عليه وعليه المهر) وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف ، ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ . ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب . فالأوجه أنها شبهة دليل ، فإن قول النساء هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء ، فإن قول الواحد مقبول في المعاملات ، ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولأى أرسلنى إليك هدية ، فإذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التى يثبت معها النسب وعلى الزوجة العدة (قوله ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف) فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا . وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بى الظاهر معتبرا في إيراد الشبهة وبالشبهة سقط الحد ، لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا ، وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا . والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب ، وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعلى بكلاب النساء لا يحد ويحد قاذفه . والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه ، وكون الإخبار يطلق الإجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحوه أنت وما لك لأبيك و الملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه : أعنى عدم ثبوت النسب للإجماع فيه ، وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهندوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فامنوها على الزوجة بجامع ظن المحل . ولنا أن المسقط

قال (ومن زفت إليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة في المحل لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحققت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ، ولهذا إذا جاءت بولد يثبت النسب، ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح . قوله (ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف) يعنى أنه يقول فيها إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل لأنه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هنا في الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به إحصانه . ووجه الظاهر أن الملك متعدي حقيقة فلم يبق الظاهر إلا شبهة وبها يسقط الحد ولا يحد قاذفه .

(قوله هذا من باب الشبهة في المحل) أقول : فيه بحث ، بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزلى والسق والكافى وصاحب الإيضاح ، ألا ترى أن الظاهر أنه إن لم أنها ليست امرأته بعد وذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس إلا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول : نعم إلا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل الناقى الحرمة (قوله ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت) أقول : فيه أن التيقن . كان ذلك ، إلا أنه ثبت على خلاف القياس دفعا لنظر الغرور كما اعترف به (قوله ووجه الظاهر ، إلى قوله : ولا يحد الحد على قاذفه) أقول : فيه بحث .

لأنه قد ينتمى على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها ، وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره . إلا إن كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أى حنيفة) ولكن يرجع عقوبة إذا كان علم بذلك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فبلغوا كما إذا أضيف إلى الذكور . وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه المحل وهى من المحرمات . ولأى حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده ، والآتى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود ،

شبهة المحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل المحل ليستند الظن إليه (وهذا لأنه قد ينتمى على الفراش غير الزوجة) من حائنها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل . فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فإنه يحد . قال (وكذا إذا كان أعمى) لأن الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن إليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنغمة والمحركات المألوفة فيحد أيضا (إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل) (وجاز تشابه النغمة خصوصا لو لم تطل الصمبة ، وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لأنها لو لم تقبله بل انصرفت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس إلى أنها هى (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بأن كانت من ذوى محارمه بنسب كأمه أو ابنته (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أى حنيفة) وسفيان الثوري وزفر ، وإن قال علمت أنها على حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هى أشد ما يكون من التعزير سياسة لاحدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك ، وإذا لم يكن عالما لاحد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد إذا كان عالما بذلك) وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالوا هما والشافعى لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل

وقوله (لأنه قد ينتمى على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها) يعنى فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد . وإنما قال (وقالت أنا زوجتك) لأنها إذا أجابت بالفعل ولم تقبل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا فى الإيضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أى حنيفة) ولكن يرجع عقوبة إذا كان علم بذلك . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : يجب عليه الحد إذا كان علم بذلك لأن هذا عقد لم يصادف محله (وكل عقد لم يصادف محله يلفو) كما إذا أضيف إلى الذكور (قوله (وهذا لأن محل التصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لأن محل التصرف (ما يكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لأن حكمه المحل وهى من المحرمات . ولأى حنيفة أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده) وهو التوالد ههنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه . قلنا : ليس محلا لحكمه أصلا أو فى وقت دون وقت ، والأول ممنوع لأنه كان محلا له فى شريعة من قبلنا . والثانى مسلم ، ولكن كونه محلا فى الجملة لم لا يجوز أن يكون شبهة فى درء الحد فإن الفعل لم يقع زنا لالفة ولا عرفا ، فإن أهل اللغة لا يفتصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد

(١) (وكان يجب طلع) هذا إنما يعنى حل نسفة . وقالوا والشافعى يسلط الظاهر على التفسير كما هو ظاهر ، كذا بهائش نسفة العلامة الجراوى .

وكان ينبغي أن يتعدى في جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبهه الثابت لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزّر

لا يجوز إلا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول وإلا فشاؤ ضعيف . وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه ، وأما غير ذلك في الكافي لحافظ الدين : منكوحة الغير ومعتدة ومطلقة الثلاث بعد الزوج كالحرم . قال : وإن كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لم تكن الشبهة عند الكل ، وكذا إذا تزوج أمة على حرّة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده فلا حد عليه اتفاقا ، أما عنده فظاهر ، وكذا عندهما لأن الشبهة إنما تنقضي عندهما إذا كان مجعما على تحريره وهي حرام على التأييد . وفي بعض الشروح : أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها والمجوسية والأمة على الحرّة ونكاح العبد أو الأمة بلا إذن المولى والنكاح بغير شهود ، في كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة ، وإن قال علمت أنها على حرام وعندهم يجب إذا علم بالتحريم وإلا فلا ، ثم قال : ولكنهما قالوا فيما ليس بحرام على التأييد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعاضا حيث جعل في الكافي الأمة على الحرّة والمجوسية والأمة بلا إذن السيد وتزوج العبد بلا إذن السيد على الاتفاق على سقوط الحد ، وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف ، فعندهما يحد . وأضاف إلى ذلك ما سمعت ، ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ، ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لأن الشبهة إنما تنقضي عندهما ، يعني حتى يجب الحد إذا كان مجعما على تحريره وهي حرام على التأييد يقتضي حينئذ أن لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لأنها ليست محرمة على التأييد ، فإن حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها ، كما أن حرمة المجوسية مقيّدة بتمسكها حتى لو أسلمت حلت ، كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما إلا في المحارم فقط . وهذا هو الذي يطلب على ظني . والذين يعتمد على تقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا ، فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات الحرم ولا يحد في غير ذلك ، قال : مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة . وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال : رجل تزوج امرأة من لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه ، وإن فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم إلى هنا لفظه ، فعصم في المرأة التي لا يحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ، ثم خصص مخالفتها بلبوات المحارم من ذلك العموم ، فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرفت في الروايات . وفي مسألة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه ، ونقل عن أحمد وإسحاق وأهل الظاهر ، وقصر ابن حزم قتله على ما إذا كانت امرأة أبيه قصرا للمحدث الآتي على مورده . وفي رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ، ويؤخذ ما له ثبت المال . وذلك لحديث البراء قال : « لقيت خالي ومعه راية فقلت له : أين تريد ؟ قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه أن

والفرض وجوده ، وأولاد أهل اللمة من محارمهم لأن نسب إلى الزنا في العرف وهم يقرّون على نكاح المحارم ولا يقرّون على الزنا بل يحلون عليه (و) إذا ثبت أن العقد صادق محله (كان ينبغي أن يتعدى في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل) بتحريم الشرع في ديننا (فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزّر)

أضرب عنقه وأخذ ماله . وهذا الحديث رواه أبو دلود والترمذي وقال : حديث حسن . وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وقع على ذات محرم منه فاقطعه » وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلاً فارتد بذلك ، وهذا لأن الحد ليس ضرب العتق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر . وفي بعض طرقه عن معاوية بن قره عن أبيه « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله » وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ، ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأها ، وغير الوطء لا يجحد به فضلاً عن القتل فحيث كان القتل كان الردة . وهذا لا يخلو عن نظر ، فإن الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزاً كونه لو طئه ويكون له ردته فلا يتعين كونه لاردة . ويحاج بأن أيضاً لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفي . وقالوا : جاز فيه أحد الأمرين أنه للاستحلال ، أو أمر بذلك سياسة وتزييراً . وجه القائل بالحد أنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والوطء أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لأنه نفسه جنائية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ؛ ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا ، فعندهم لا كما ذكر . وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر بن ، ومداركونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولاً ، فعندهم لأن محل العقد ما قبل حكمه وحكمه الحل ، وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لأنه لا انعقاد في غير الحل كما لو عقد على ذكر ، وعنده نم لأن المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها ، وبأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحدة في المحلية ، فهم حيث نفوا محليتها أراحوا بالنسبة إلى خصوص هذا المآخذ : أي ليست محلاً لعقد هذا المآخذ ولذا علوه بعدم حلها ، ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد ، وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده . فإن قلت : فقد أطلق الكل من الخفية في الفقه والأصول عدم محلية الطهر لنكاح المحرم . ففي الأصول حيث قالوا : إن النهي عن المضامين والملاحيق ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم عمله ، وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أثبت من نبات آدم ليست من المحرمات . فالجواب أن المراد بنفي المحلية لعقد النكاح الخاص . وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص نكاح ولا شك في ذلك . يني النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلاً للمقاصد أو كونه سحلاً ، إن نظرنا إلى المعنى وهو أن الأصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجع قوله ، أو إلى السمع أثنى محل الإجماع وهو قول الكل إن البتة ليست محلاً للبيع مع أنها إنما فيها عدم الحل ترجعوا ، وقد رجع قول أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل » ، فأن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » حكم بالبطان وأوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق ، وكونه لا يمتدحه على ظاهره لا يضر لأنه موثوق بتأويلين : أحدهما أنه آيل إلى البطان باعتراض الولي بأن كان غير كفء والآخر تخصيصه بما إذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالأمة والعبيبة ، وعلى هذا فهو باطل على ظاهره ، وهو

(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر ، وزاد في الجامع الصغير : ويودع في السجن ، وقالوا : هو كالزنا فيحد) وهو أحد قول الشافعي ،

أقرب التأويلين لندرة فسخ ولي بسبب عدم كفاية من زوجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر إن دخل ، لكن في الخلاصة قال : الفتوى على قولهما ، ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه ، لأن الشبهة لاحتمال شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه ولا وجبت العدة وثبت النسب . ودفع بأن من المشايخ من ألزم ذلك . وعلى التسليم فثبت النسب والعدة أقل ما يثبت عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم ، وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه ، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون ، وإن لم يثبت عقوبة هي الحد فمفهوم أنه زنا محض عنده إلا أنه فيه شبهة فلا يثبت نسبه . ومن شبهة المقدم إذا استأجرها ليزني بها ففعل لأحد عليه ويعزر ، وقال : هما والشافعي ومالك وأحمد : يحد لأن عقد الإجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الأعمال ثم زنى بها فإنه يحد اتفاقا . وله أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المقنود عليه في الإجارة لكنه في حكم العين ، فيانظر إلى الحقيقة تكون محلا لعقد الإجارة فأورث شبهة ، بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن المقدم يضاف إلى المستوفى بالوطء والعقد للمضاف إلى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر . وفي الكافي : لو قال أمهرتك كذا لأزني بك لم يجب الحد ، وهكذا لو قال استأجرتك أو خلدي هذه الدراهم لأطأك . والحق في هذا كله وجوب الحد إذ المذکور معنى يعارضه كتاب الله ، قال الله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا - فالملهي الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجاد مع لفظة المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) بأن أوليغ في مغاير بطلها ونحوه وليس المراد ما يمعي الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لأنه منكر) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزيز ، ومثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى فأنهما يعززان لذلك (قوله ومن أتى امرأة) أي أجنبية (في الموضع المكروه) أي دبرها (أو عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر) ويسجن حتى يموت أو يتوب ، ولو اعتاد اللواط قتل الإمام محصنا كان أو غير محصن سياسة ، أما الحد المقدر شرعا فليس حكما له وقالوا هو كالزنا ، وهذه العبارة تفيد اعتبارهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا إن لم يكن أحسن ورجما إن أصح . وذكر في الروضة أن الخلاف في الغلام . أما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف . والأمصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات . ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته يتكاح صحيح أو فاسد لا يحد إجماعا ، كذا في الكافي . نعم فيه ما ذكرناه من التعزير والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك ، لكن

قوله (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كاللطفخ والتبطين) عزز لأنه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر (قوله (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لأنه إذا أتى امرأته أو مملوكته (في الموضع المكروه) أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضا وإن كان محرما عليه ، وبه صرح في الزيادات لأن من الناس من يستحل به بقوله تعالى - إلا على أزواجه أو ما ملكت أيمانهم - من غير فصل بين محل ومحل (أو جعل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر . وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن ، وقالوا : هو كالزنا فيحد) حد الزنا جلدا إن كان غير محصن ورجما إن كان محصنا (وهو أحد قول الشافعي رحمه الله .

وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام « اقتلوا الفاعل والمفعول » ويروى « فارجحوا الأعلى والأسفل » ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في عمل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء . وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحبة رضى الله عنهم في موجه من الإحراق بالنار وهلم الجدار والتكيس من مكان مرتفع باتباع الأحمجار وغير ذلك ، ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباة الأنساب ، وكذا هو أنذر وقوعا لانعدام الداعى من أحد الجانبين والداعى إلى الزنا من الجانبين . وما رواه محمود على السياسة أو على المستحل إلا أنه يغزر عنده لما بيناه

لشافعى في عبده وأمنه ومنكوحته قولان . وهل تكون اللواطة في الجنة : أى هل يجوز كونها فيها ، قيل إن كان حرمها عقلا وسما لا تكون ، وإن كان سما فقط جاز أن تكون . والصحيح أنها لا تكون فيها لأنه تعالى استبعده واستحبها فقال - ما سبقكم بها من أحد من العالمين - وسماه خبيثة فقال - كانت تعمل الخبائث - والجنة منزلة عنهما (وقال) الشافعى (في قول يقتلان) فنى وجه بالسيف (بكل حال) أى بكرين كانا أو ثيبين ، وفى قول يرجحان بكل حال وبه قال مالك وأحمد ، وفى قول آخر وهو المصحح من مذهبه يحد جلدًا وتزويجا إن كان يكره رجما إن أحصن . وجه القتل ماروي أبو داود والترمذى وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة بن حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجد غنوه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه ، الفاعل والمفعول به » قال الترمذى : إنما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه . ورواه محمد بن إسحاق عن عمرو بن أبى عمرو فقال « ملعون من عمل عمل قوم لوط ، ولم يذكر فيه القتل . وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وفى إسناده مقال ، ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن

وقال في قول آخر : يقتلان بكل حال) أى سواء كانا محصنين أو لم يكونا (لقوله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الفاعل والمفعول » ويروى « فارجحوا الأعلى والأسفل » ولهما أنه) أى اللواط (فى معنى الزنا وقيل أى كل واحد من العمل فى الموضع المكروه وفعل اللواط . وفى بعض النسخ : إنما فى معنى الزنا (لأنه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء) وهو مناط الحد فى الزنا) فيلحق به الزنا فى الدلالة لا بالقياس ، لأن القياس لا ينسلخ فيما يدرأ بالشبهات (وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة فى موجه من الإحراق بالنار وهلم الجدار عليه والتكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحمجار وغير ذلك) من المجلس فى أثبتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا فى موجب الزنا فدل على أنه ليس بزنا (ولا هو فى معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباة الأنساب) بخلاف الزنا (وكذا هو أنذر وقوعا) من الزنا (لانعدام الداعى فى أحد الجانبين) يعنى على ما هو الجبله السليمه (والداعى إلى الزنا من الجانبين) وإذ لم يكن فى معناه لايحق به دلالة فبقى القياس والقياس فى مثله باطل (وما رواه) من قتلها أو رجحها (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (إلا أنه يغزر عنده) أى عند أبى حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر . قال فى الزيادات : والرأى فيه إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك ، وإن شاء ضربه وحبسه ، فقوله إلا أنه استثناء من قوله ولا هو فى معنى الزنا .

أبي صالح غير عاصم بن عمر العمرى ، وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه ، ويستند السنن رواه أحد في مسنده والحاكم وقال : صحيح الإسناد . وقال البخاري : عمرو بن أبي عمرو صلوق ، لكنه روى عن عكرمة منكبر . وقال النسائي : ليس بالقوي . وقال ابن معين : ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام « اقتلوا الفاعل والمفعول به » وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه . وتعقبه الذهبي بأن عبد الرحمن العمرى ساقط ، وإذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد في أمره لم يجوز أن يقدم به على القتل مستمرا على أنه حد ، ولو سلم حمل على قتله سياسة . ولها أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشبه على وجه الكمال بخبر قصد سفع الماء بل أبلغ حرمة وتضييعا للماء لأن الحرمة قد تنكشف في الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه ، بخلاف اللواط فيها فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا بالقياس . ولأن حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد ، وذلك لأن الصحابة اختلفوا في موجهه : فبين من أوجب فيه التحريق بالنار ، ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ، ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتياع الأحجار ، فلو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يحتفلوا بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا عليه . فاختلافهم في موجهه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من معنى لفظ الزنا لغة ولا معناه ، وأما الاستدلال بقول القائل :

من كف ذات حر في زنى ذى ذكر لها محبان ثوطى وزناه

فلعمد معرفة من ينسب إليه البيت ، وقول من قال حيث قال : قاتلهم وذكر البيت غلط ، وذلك أنه ليس بعربي بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التي أولها :

دع عنك لوى فإن اللوم لأغسراء . ودأوى بالتي كانت هي الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه ، وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه يلغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله . وأيضا لا يثبت دلالة لأن المعنى المحرم في الزنا ليس إضاعة الماء من حيث هو إضاعته بل هو إضاعته بإضاعته بالمرزول بل إفضاؤه إلى إضاعة الولد الذي هو إهلاكه معنى ، فإن ولد الزنا ليس له أب يرييه والأم بمفرده عاجزة عنه فيشرب على أسوأ الأحوال ، ولأنه قد يدعيه بعض السفهاء وإن لم يثبت نسبه شرعا ليخص به وينفعه ويشبهه على من هو له فيقع القتال والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواط (وكذا هو أنذر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي من الجانبين) على الاستمرار ، بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لتدرة وقوع الزنا بصيغة لا تشبه أملا إذ قلما يكون ذلك ، ولا عبرة بأوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ، ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر ، فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة إلا إذا كان في المساوى من كل وجه دون الأعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوي وقد لا إلا إبعاد عقاب الآخرة . وأما تحريم ماعن الصحابة فروى البيهقي في شعب الإيمان من طريق ابن أبي الدنيا : حدثنا عبد الله بن عمر ، حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر : أن خلافة بن الوليد كتب إلى أبي بكر أنه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة ، فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم ، فكان من أشدهم في ذلك قولاً على رضى الله عنه قال : هذا ذنب لم يصح به إلا أمة واحدة صنع الله بها ما علم ، نرى أن تحرقه بالنار ، فاجتمع رأى الصحابة على ذلك

(ومن وطئ بهيمة لاحد عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جنائية وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بيناه . والذي يروى أنه تذبج البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به

قال : ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم . وروى ابن أبي شبة في مصنفه : حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبي نصره قال : سئل ابن عباس ما حد الواطئة ، قال : ينظر إلى أعلى بناء في القرية فيرى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة . ورواه البيهقي أيضا من طريق ابن أبي الدنيا . وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ، ولا شك في اتباع المديم بهم وهم نازلون . وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحسان في أنهن المراضع حتى يموتا تننا . وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى .. أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين - فلدفعه بأن الفاحشة لا تخص لغة الزنا . قال تعالى - ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن - وقول المصنف « إلا أنه يعزر لما بيننا » أي من أنه منكر ليس فيه شيء مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلاحداً عليه) وكذا إذا زنى بميتة لأنه للزجر ، وإنما يحتاج إلى الزجراً طريق وجوده مفتوح سالك ، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر إلى الزاجر لزر جر الطبع عنه (وهذا لا يجب ستره في البهيمة إلا أنه يعزر لما بيننا) من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيمالتميزير (والذي يروى أنه تذبج البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد (التحدث به) كلما رثيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب . وإذا ذبحته وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها إن كان مالها غيره لأنها ذبحت لأجله وإن كانت مما تؤكل أكلت ، وضمن عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف لا تؤكل ، والمراد بالمروى ما روى أصحاب السنن الأربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوهاء قتل له : ما شأن البهيمة . قال : ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينضغ بها وقد عمل بها ما عمل . ولعل قول ابن عباس هذا هو التمسك لأبي يوسف في عدم أكلها ، إلا أن المعنى الذي عينه الإصحاب من قطع التعبير أقرب إلى النفس . رواه ابن ماجه عن إبراهيم بن إسماعيل عن داود ابن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبي عمرو ، وتقدم الكلام على عمرو هذا ، وأما إبراهيم بن إسماعيل ابن أبي حنيفة فقال أحمد ثقة ، وقال البخاري منكر الحديث ، وضعفه غير واحد من الحفاظ ، وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر ، وهو أنه روى عن غاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه : « ليس على الذي يأتي البهيمة حد » وهو الذي روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتلها وتأويله المذكور آتفا ، ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم يخالفه ، وكذا أخرجه الترمذي والنسائي . وقال الترمذي : وهذا أصح من الأول ، ولفظه من أتى بهيمة فلا شيء عليه . وأخرج الحاكم حديث عمرو بن

(ومن وطئ بهيمة فلاحداً عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جنائية) إذ ليس فيه تضيق الولد ولا إفساد الفراش (و لا) في وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه، وإنما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره) أي ستر فرج البهيمة ، وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره لأن ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكياً (إلا أنه يعزر لما بيننا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر ، وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أتى بهيمة فاقتلوه » شاذ لا يعمل به ، ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك القمل (والذي يروى أنه تذبج البهيمة) وهو ما روى عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه : أنه أتى برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به)

وليس بواجب (ومن زنى في دار الحرب أوفى دار البغي ثم خرج إلينا لایقام علیه الحد . وعند الشافعی رحمه الله یحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله علیه الصلاة والسلام « لا تقام الحدود في دار الحرب » ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فیما فیعمری الوجوب عن الفائدة ، ولا تقام بعد

أی عمرو بزيادة . وقال : صحیح الإسناد (قوله ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا) فأقر عند القاضي به (لا یقام علیه الحد . وعند الشافعی) ومالك (یحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه) قلنا : سلمنا أنه ملتزم للأحكام . لكن الحد ليس يجب علیه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الإسلام ، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب علیه الحد عند القاضي فقضى بإقامته علیه ، وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد ، وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده فهذا الدلیل في غير محل النزاع . فالوجه أن یقال وجب على الإمام الإقامة على الزانی مطلقاً أينما كان زناه . وخینثد نقول : امتنع بالنص وهو قوله علیه الصلاة والسلام « لا تقام الحدود في دار الحرب » ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام علیه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب . وإلا عرى عن الفائدة لأن المقصود منه الاستیفاء لیحصل الزجر والفرض أن لا قدرة علیه ، وإذا خرج والحال أنه لم یعتقد سبباً للإيجاب حال وجوده لم یقلب موجبا له حال عدمه ، لكن الحدیث المذكور وهو قوله علیه الصلاة والسلام « لا تقام الحدود في دار الحرب » لم یعلم له وجود . وروی محمد بن کتاب السیر الکبیر عن النبي صلى الله علیه وسلم أنه قال « من زنى أوسرق في دار الحرب وأصاب بها حداً ثم هرب فخرج إلينا فإنه لا یقام علیه الحد . والله أعلم به . وعن الشافعی قال : قال أبو یوسف : حدثنا بعض أشیاختنا عن مکحول عن زید

کئی لایعبر بها الرجل إذا كانت البیمة باقية (لا أنه واجب) قال (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا) وأقر عند الإمام بالزنا (لا یقام علیه الحد . وقال الشافعی رحمه الله : یحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله صلى الله علیه وسلم « لا تقام الحدود في دار الحرب ») . ووجه التمسك به أنه صلى الله علیه وسلم لم یرد به حقيقة عدم الإقامة حساً لأن كل واحد یعرف أنه لا یمكن إقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد . فلان قيل : هذا الحدیث معارض بقوله فاجلدوا فلا یقبل . أجیب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك فیجوز التخصیص بعد ذلك بنجر الواحد والقیاس لأنه لم یبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون ، وفيه نظر یعرف باستحضار قواعد الأصول . وهذان التخصیصان بهما إنما یصبح بعد التخصیص بلفظ مقارن وليس فی الآیة بموجود ، ویجوز أن یقال حصل التخصیص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى « كل واحد منهما » فإن الضمیر راجع إلى الزانی والزانیة . والزنا وطء الرجل المرأة فی القبل فی غیر الملك وشبهه كما تقدم فخرج منه من لم یکن رجلاً . وإذا خص مقارناً جاز التخصیص بعده بنجر الواحد والقیاس . وقوله (ولأن المقصود هو الانزجار) ینفی أن وجوب الحد ليس لیمته وإنما هو للانزجار ، والانزجار یحصل بالاستیفاء ، والاستیفاء معتذر لانقطاع ولاية الإمام ، فلو وجب الحد لعری عن الفائدة . وذلك لا یجوز ، وإذا لم یعتقد موجبا لایقام بعد ماخرج ثلاثا یقع الحكم بغیر سبب ، وأنت الضمیر في قوله لأنها لم تتحدد بتأویل الفاحشة ،

(قوله أجیب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك ، إل قوله : وفيه نظر) أقول : قوله خصت : یعنی بالإجماع كما ذكره الکاتبی فینتفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم یکن رجلاً الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الزانی لم یتناول ولا يخرج إلا بعد الدعوى فاین التخصیص ؟

ابن ثابت قال : لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو . قال : وحديثنا بعض أصحابنا عن نوري بن يزيد عن حكيم بن عمار أن عمر بن الخطاب كتب إلى عمار بن سعد الأنصاري وإلى عماله : أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة . قال الشافعي : ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت ، وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ، ومعتقد أبي يوسف أنه داخل في الإرسال . وأن حذف الشيخ لا يكون من العدل المجهد إلا للعلم ببقته فلا يضرب على رأى مثني المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشأن والعدالة ، وهذا الأخير رواه ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن أبي مرزوق عن حكيم بن عمار ، وزاد : ثلاثا تحمله حية الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى . أثر آخر رواه ابن أبي شيبة أيضا : حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مرزوق عن حميد بن عتبة بن رومان : أن أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد في أرض العدو . وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن أرطاة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا تقطع الأيدي في السفرة انتهى . ولفظ الترمذي : في الفزرة وقال الترمذي : حديث غريب . والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي يرون أن لا يقام الحد في الفزرة بخسرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو ، فإذا رجع الإمام إلى دار الإسلام أقام عليه الحد . واعلم أن مع الأوزاعي أحمد وإسحاق ، فلهذه تأخير الحد إلى القبول ، وبسر بن أرطاة ويقال ابن أبي أرطاة اختلف في صحبته ، قال البيهقي في المعرفة : أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبي صلى الله عليه وسلم . وكان يحيى بن معين يقول : بسر بن أرطاة رجل سوء . قال البيهقي : وذلك لما اشهر من سوء فعله في قتال أهل الحررة اهـ . فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا لقليل رواية من رضى ما وقع عام الحررة وكان من أعوانها . وألحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معاملة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وأنه يقام إذا خرج وكونه يقيم إذا خرج إلى دار الإسلام بخلاف المذهب . فإن قيل : ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة أنه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل أنه إذا صار إلى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا إذا زنا . قلنا : أظهر الاحتمالين الأول ، ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يرجح الثاني ، وعلى اعتبار الاحتمال الأول هو خلاف المذهب مع أنه معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أقيموا حدود الله في السفر والحضر ، على القريب والبعيد ، ولا تبالوا في الله لومة لائم » والمرسل حجة موجبة . قال : وروياته بإسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل . وأيضا معارض إطلاق ما جلدوا سحره فيكون زيادة . فإن أجيب بأنه عام يخص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمه فإنه الوطء في غير ملك وشبهته ، فترتيبه سبحانه لإيجاب الحد على الزنا ترتب ابتداء على مالا شبهة فيه فتكون هذه الأخبار مخصصة أول ، وأما الدليل القلبي المذكور فعليه أن يقال : لأنسلم أن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الإيجاب ، إنما حد لو عجز مطلقا فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معاقبا بالقدرة ، ولكنه يجب بأنه لا معنى لهذا الكلام . وتصحيحه أن يقال : جاز أن يثبت في الحال تعليق الإيجاب بالقدرة : أي إذا قدرت فأقم عليه ، فالوجوب بمعلوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المأكل لأن المعلق بالشرط ككذلك ، وحينئذ جوابه أن هذا المعنى ممكن لكن أين دليله ، فإن الآيات

قال الله تعالى - لا تقربوا الزنا لأنه كان فاحشة - أو يتأويل الوطء .

ماخرج لأنها لم تعتقد موجبة فلا تنقلب موجبة . ولو غزا من له ولاية الإمامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده . بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم تفوض إليهما الإمامة . (وإذا دخل حربى دارنا بأمان فزنى بلممة أو زنى ذى بحرية يحد الذى واللممة عند أبى حنيفة ، ولا يحد الحربى والحربية وهو قول محمد رحمه الله (الذى) يعنى إذا زنى بحرية ، فأما إذا زنى الحربى بلممة لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولا (وقال أبى يوسف رحمه الله : يحدون كلهم) وهو قوله الآخر . لأبى يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات ، كما أن الذى التزمها مدة عمره ولهذا يحد الحد القذف ويقتل قصاصا .

إنما تفيد تمجيز الوجوب لاتعليقه ، ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها فى الزانى فى دار الحرب فأين دليل تعليق الإيجاب حال زنا الزانى فى دار الحرب باقتدار الإمام عليه ، فإذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تمجيذه . فإن أجيب بأن تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه إذا رجع إلى دار الإسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبى داود وهو يرجع الاحتمال المخالف للمذهب من ذلك الاحتمالين . وأيضا قد يقال عليه : لا نسلم أن حال الزنا يجب على الإمام الإمامة ، بل إنما يجب إذا ثبت عنده ، فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا . وفرض المسئلة أنه زنى فى دار الحرب ثم أقر عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه فى غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به إيجاب الإمامة والمذهب خلافه ، والله أعلم . قال (ولو غزا من له ولاية الإمامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لأنه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد إلى المعسكر لا يقرمه . ويقتد أنه لو زنى فى المعسكر والعسكر فى دار الحرب فى أيام الحاربه قبل الفتح أن له يقيمه للولاية . حيث لا . أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لأنه لم تفوض إليهما الإمامة (قوله وإذا دخل حربى دارنا بأمان) وهو المستأمن (فزنى بلممة الخ) حاصل المسئلة إذا زنى الحربى المستأمن بالمسامة أو اللمة فعليهما الحد دون الحربى فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف أولا : لا حد على واحد منهما ، ثم رجع وقال : عليهما الحد جميعا . وقال محمد بقوله الأول ، فصار فيها ثلاثة أقوال : قول أبى حنيفة حد الزنى بها المسامة واللممة . وقول محمد لا يحد وأجد منهم ، وقول أبى يوسف يحد كلهم . وتقييد المسئلة بالمسامة واللممة لأنه لو زنى بحرية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف

وقوله (ولو غزا) ظاهر . وقوله (فى معسكره) إشارة إلى أنه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها فمخرج لإقام عليه الحد (والسرية) قيل هم الذين يسرون بالليل ويختفون بالهار ، ومنه «خير السرايا بأربعائة» . وقوله (وإذا دخل حربى دارنا بأمان) حاصل اختلاف أصحابنا فى هذه المسئلة شمول الوجوب فى الذى واللممة وشمول العدم فى الحربى والحربية عند أبى حنيفة ، وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربيا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى . وعند محمد عدم التغير ثابت فى جانب الحربى والحربية . وأما فى جانب الذى فبتفاوت بين الذكر والأنثى فيما إذا اختلف حالهما حيث يحد الذى ولا يحد الحربى ، وفى العكس لا يحدان وهو قول أبى يوسف أولا . وقال آخر اشمول الوجوب فى الأنواع كلها (أنه) لأن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا كما أن الذى التزمها مدة عمره) ومن التزم أحكامنا تمتد عليه كالمسلم والذى (ولهذا يحد القذف ويقتل قصاصا) فإن قيل : لو كان كذلك لأقيم عليه الحد الشرع لأنه

بمخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته . ولهما أنه مداخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصبر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذي به . ولما ألزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد . لأنه لما طمع في الإنصاف يلزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم ، أما حد الزنا فمحض حق الشرع . ولحمد ربه الله وهو القربى أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما ذكره إن شاء الله تعالى . فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبعية . أما الامتناع في حق التبعية لا يوجب الامتناع في حق الأصل . نظيره إذا زنى البالغ بصبيبة أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون .

يحدان . ذكره في المخالف . وإن زنى المسلم أو الذي بالحرية المستأمة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يحدان جميعاً . والأصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحرني حد من الجلود سوى حد القذف . فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر . وعند أبي يوسف يجب الكل إلا حد الشرب . فحد الشرب لا يجب اتفاقاً لأنه يعتقد حله ، وحد القذف يجب اتفاقاً لأن فيه حق العبد . واختلفوا في حد الزنا والسرقة ، عند أبي يوسف يجب . وعندهما لا يجب . وجه قول أبي يوسف أن المستأمن ألزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات . كما أن الذي ألزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصاً ويمنع من الزنا وشراء

من أحكامنا . أجاب بقوله (بمخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته) فإن قلت : فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقض منه ولا يحد لقذفه . قلت : المني باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك ديناً ، وقتل النفس والقذف حرام في دينهم ، فلا يباح لهم ذلك ليست يدين ، ولما هو هوى وتمصّب (ولأبي حنيفة ومحمد أن التزام الأحكام إنما هو بالتزام القرار في الدار ، لأن الانتصاف يكونه من دارنا إنما يكون بذلك ، والحرني ما ألزم ذلك لأنه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصبر من أهل دارنا ، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ، ولا يقتل المسلم ولا الذي به) وإذا لم يصبر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملزماً من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لأنه لما لم يدخل إلا طامعاً في الإنصاف : أي العدل لأجله على غيره (يلزم الانتصاف) أي العدل لغيره عليه لأن الغرم يلزاه الغنم . والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخل في الانتصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخل فيه ، فلما فرغنا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع بكل منهما في إثبات ما ذهب إليه ، فقال محمد (الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي ، فامتناع الحد في حق الأصل) فيها إذا زنى الحرني بلميعة (يوجب امتناعه في حق التبعية) وإلا لا يكون تبعاً فكان خلفاً (وأما الامتناع في حق التبعية) فيها إذا زنى الذي بحرية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) وإلا لكان مستتبعا فكان أصلاً ، والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظيره ذلك إذا زنى البالغ بصبيبة أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونها لأن الامتناع في حق التبعية لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكين البالغة من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليهما لأن

(قوله لأنه يعتقد إباحته) أقول : ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المني باعتقاد الإباحة) أقول : الأول أن يجب بأن الكف ضمناً داخل فيما ألزمه لأننا أسطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب إذ لم يلزمه كالكاف (قوله وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول : إن أراد مطلقاً فليس كذلك أو متبهاً فلا يفيد (قوله لأنه لم يدخل إلا طامعاً) أقول : دليل على التزامه حقوق العباد (قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول : أي في حقهم .

ولأبي حنيفة رحمه الله فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها . بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان . ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطوعة متحد المطوعة عنده ، وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا تحد .

العبد المسلم والمصحف ويعبر على بيعهما . بخلاف حدّ الشرب لأنه معتقد لإباحته . ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل حاجة يقضيها ويرجع علينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملزماً جميع أحكامنا في المعاملات ، بل ما يرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد ، غير أنه لا بد من اعتباره ملزماً بالإحصاف وكفّ الأذى ، إذ قد الزمنا له بأمانه مثل ذلك والقصاص وحدّ القذف من حقوقهم فلزمناه ، أما حدّ الزنا فخالص حق الله سبحانه ، وكذا المغالب في السرقة حقه لم يلزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانه ، بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والإجبار على بيعهما فإنه من حقوق العباد لأن في استخدامه قهراً وإذلالاً للمسلم . وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم . ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذي إذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسامة أو اللمية إذا زنت بمستأمن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلاً على ماسد كره ، فامتناع الحد في حق الأصل يوجب

الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع (ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد ، إلا أنه لإيقام عليه الحد لوجوب تبليغه بأمانته بقوله تعالى - ثم أبلغه بأمانته - وإذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زناً لأن التمكين من فعل الزنا زناً يوجب الحد لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا - فيجب الحد عليها لوجود مقتضى انتفاء المانع ، بخلاف الحربي لتتحقق المانع وهو تبليغه بأمانته ، والمراد بالحرمات ترك الامتناع بالأوامر والانتها عن النواهي ، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم (قوله على ما هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فلمهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات . وقوله (وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا فلمهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع . قال شمس الأئمة : ومشايخ ديارنا يقولون إنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات . وقوله (بخلاف الصبي والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع . ووجه ذلك أن هذا ليس بنظر ماعن فيه لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون قبلهما زناً ، والتمكين من غير الزنا ليس بزناً فلا يوجب الحد ، والحربي مخاطب بفعله زناً ، والتمكين من الزنا زناً يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطوعة متحد المطوعة عنده ، وعند محمد لا تحد) .

(قال المصنف : ولأبي حنيفة فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات) أقول : قال الفارح : للمراد بالحرمات ترك الاعتناء بالأوامر والانتها عن النواهي ، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضييقاً للعذاب عليهم انتهى . وفي النهاية : الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والركاة ، قال الله تعالى - ماسلككم في سقر ؟ قالوا : لا نك من المسلمين - الآية (وقال : فيه الحريات تتناول المتأني نحو قوله تعالى - ولا تقربوا الزنا لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل - ولتتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان وترك الصلوات والصوم انتهى) قوله وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله (أقول : فيه بحث ، إذ ليس في قول المصنف لأنه مخاطب بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح من قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليعلم .

قال (وإذا رأتى الصبي أو المجنون بامرأة طاولته فلا حدّ عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى : يجب الحد عليها ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالإجماع . لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها . فكذا العذر من جانبها ، وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله . ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه ، وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطنا وزانيا والمرأة موطوعة ومزانيا بها ، إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى

امتناعه في التبع ، بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل أى دليله إذا زنى البالغ العاقل بصبيبة أو مجنونة يحد هو دونها ، وفي تمكين البالغة الصبي أو المجنون لا يحد ، وتمكينها إنما يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحرى ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها . ولأن حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار ، بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حده لأن إقامته بالولاية والولاية متدفعة عنه بإعطاء الأمان إلا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحمّدها لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه ، بخلاف تمكينها صبيبا أو مجنونا لأنها لما لم يخاطبها لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا ، ونظيره لو زنى مكروه بمطوعة تحمّد المطاوعة عند أبي حنيفة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعند محمد لا يحد (قوله وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاولته فلا حدّ عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي : يجب الحد عليها وهو) أى قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وإن زنى صحيح) أى عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع . لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذر من جانبها) لا يوجب سقوطه من جانبها (وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ما هي به زانية لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ، ألا يرى أنه سبحانه وتعالى سبها زانية وهو ليس بالإسلاك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها ، فلم يمتصو زناها لم يحد قاذفها كالمجنوب (ولنا أن فعل الزنا إنما يتحقق منه) لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وإنما هي محل ولهذا يسمى هو واطنا وزانيا وهي موطوعة ومزانيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعشيبة راضية) وما .

قال (وإذا زنى الصبي أو المجنون) صورة هذه المسئلة ظاهرة ، ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالآخر قالوا : (العذر من جانبها) كما في صورة الإجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذر من جانبها) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها ، والجامع أن كلا منهما مؤاخذ بفعله ، ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آتفا لمحمد فلا حاجة إلى التكرار . واعترض عليه من وجهين : أحدهما أن غير المخصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها ، وإن لم يجب على الرجل فعلم الرجم على الأصل لا يوجب علمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك . والثاني أن الصبي أو المجنون إذا زنى بالمطوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لأن الوطء لا يتناولون

(قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما) أقول : في توجيه هذا الاعتراض على قولنا المناظرة تأمل ، فإن ظاهره منع اللقمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز (قوله والثاني أن الصبي) أقول : لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه بخلاف ما نقرر عندهم من أن الوطء لا يتناول من أحد الموجبين أو مراضته وطئك بالتأمل في التوجيه (قوله لأن الوطء لا يتناول) أقول : أى في دار الإسلام

المرضية . أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبض الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته ، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد .

- دافق أى مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زناها والزنا فعل من هو متبى عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا إنها بالتمكين زانية حقيقة لغه لا يضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو متبى من الصبي والمجنون . فإن قيل : كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مزي بها حقيقة فيازم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل ؟ فالجواب بأنه إنما يطل لو كان من جهة واحدة وهو متبى فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائفة لقضاء شعوبتها من فعل هو زنا ومزية باعتبار كونها عملا للفعل الذى هو زنا ، فلو منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو على تمكينها من الرطه المقضى إلى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم لآزنا سواء وقع زنا أو لا . فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا ، ولو لم يازم مجاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرة في مثله بذلك ، لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم من هو مخاطب ممنوع بل إدخال الرجل قدر حششته قبل مشهاة حالا أو ماضيا بالأدلة وشبهه ، وكونه بالغاعلا لا باعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغه وإن لم يجب على فاعله حد . والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبييا فلا تحد ومجنونا فتحد لأن قولهم وطء الرجل ينص البالغ لكن لا قائل بالفصل . والذى يغاب على الطن من قوة كلام هل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرة لا في الإيجاب فلا تحد به ، والله أعلم . وما ذكرناه ينفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبييا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامضية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي ، كما أنه استفسر ماعزا فقال : أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد ، لأنها لما قالت زينت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك ، بخلاف ماعز فإنه

أحد الموجبين : إما الحد أو المهر . وقد أورد في اللخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيها إذا طوعته المرأة . وأجيب عن الأول أنه لا يازم من إحسان الزاني إحسان الزانية لأن الإحصان موقوف على شرائط أخر ، ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لأن تمكينها سبب لفعل الرجل فيقيام السبب مقام المسبب في حقها . وعن الثاني بأنها لو أوجبتا المهر على الصبي فيها إذا طوعته لحلا الإيجاب عن القاذرة ، لأن لولى الصبي الرجوع عليها في الحال يمثل ذلك لأنها لما طوعته صارت أمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم ، وصح الأمر من المرأة لأن لها ولاية على نفسها فلا يبعد الإيجاب ، بخلاف ما إذا كانت مكروهة أو صبية فإن المكروهة ليست بأمرة والصبيبة لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكروهة ، فإيجاب المهر كان مفيدا ثمه ، إذ ليس لولى الصبي حينئذ أن

(قوله لا يازم من إحسان الزاني) أقول : أظهر أن يقول لا يازم من عدم إحسان الزاني عدم إحسان الزانية ، ويلزم من علم تحقق الزنا من الرطه . عدم تحققه من الرطوة لأنها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الإحصان كما لا يخفى (قوله ومن الثاني بأنها لو أوجبتا المهر الخ) أقول : خلاصة الجواب تنصيص قولهم الرطه لا يتخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومها كما لا يخفى (قوله فلا يبعد الإيجاب) أقول : أى إيجاب المهر (قوله إذ ليس لولى الصبي الخ) أقول : وكذا الحال في المجنون والشرح كلهم قصروا حيث لم يتصوروا خلال المجنون بينت دفعه مع أنه مذكور في السؤال أيضا .

قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يحسد : وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطوعية . ثم رجع عنه فقال : لا حد عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهرا ، والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعيا لا طوعا كما في الثائم فأورث شبهة ، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر خوف الملاك وأنه يتحقق من غيره . وله أن الإكراه من غيره لا يلزم إلا نادرا تمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين : ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح ، والنادر لاحتمال فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافتقر (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك) لأن دعوى النكاح يحتمل الصديق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة ، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما

استراب أمره على ما تقدم ، ولذا لم يسأل القاعدية أبك جنون مع أنها مثل ما عر في سقوط الحد بجنونها . وأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما ، أما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبيبة أو مكروهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب . أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لا فائدة فيه ؛ لأننا لو أوجبنا عليه لرجع على الصبي على المرأة لأنها لما طأعته صارت أمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الأمر وصح الأمر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب ، بخلاف ما لو كانت مكروهة أو صبية لا يرجع على الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها ، وفي المكروهة عدم الأمر أصلا فكان الإيجاب مفيدا . وأما إيراد أن القاعدة أن كلما اتفقت على الحد عن الرجل اتفقت عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكروه بالمطوعة والمستأنن بالنميمة والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع ، بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحسد وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطوعية) فافتقر بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكروه عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكروه فيطرد أثر الإكراه السابق ووجب الحد ، بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطوعية فلا يحد إجماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال : لا يحد الرجل المكروه أيضا لأن السبب الملجئ إلى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه ، والانتشار لا يستلزم الطوعية بل هو محتمل له إذ يكون معه ويكون طبعيا لقوة الفحولية ، وقد يكون لريح تسفل إلى الحجر حتى يوجد من الثائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه إلى المحتمل (فإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختارا في الزنا ، وكذا عند زفر وأحمد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قالوا الانتشار دليل الطوعية فقالا يحسد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الإكراه من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطوعية إلى آخر ما ذكرناه آنفا . قال المشايخ : وهذا اختلاف عصر وزمان ، ففي زمن أبي حنيفة ليس لغیر السلطان من القوة مالا يمكن دفعه بالسلطان ، وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيبقى بقولهما وعليه مثنى صاحب الهداية في الإكراه حيث قال : والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين : أحدهما أن يقر الرجل في أربعة مجالس أنه يرجع عليها بمثل ذلك . وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر . وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا

(قال المصنف : لأن الانتشار قد يكون طبعيا لا طوعا كما في الثائم فأورث شبهة) أقول : أي الحاكم ، وهذه غير داخلة في الشبهة المنقضة

لحظر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة) معناه : قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على

زنى بفلانة حتى كان إقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لأن دعوى النكاح تحتل الصديق ويتقدير صدق مدعى النكاح منها يكون النكاح ثابتا فلا حد ، ويتقدير كذبه لانكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا : وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لامهر لها لدعواها الزنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعتبارهما به وإن اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا ، والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردتّه إلا أن تبرئه منه . واعلم أن وجوب المهر هو فيها إذا كانت الدعوى قبل أن يحد المقرّ ، فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لامهر لأن الحد لا ينقض بعد الإقامة . ثانيهما أن يقر أربعة كذلك أنه زنى بفلانة وقالت فلاتة ما زنى ولا أعرفه ، أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عندناي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد : يحد المقرّ لأن الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسهاها . ولأبي حنيفة أن الحد انتهى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقرّ لأن الزنا فعل واحد يتم بهما ، فإن تمكنت فيه شبهة تعلت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقا إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلاتة وهو عين ما أقرّ به فيندري عنه ضرورة ، بخلاف ما لو أطلق فقال زنت فإنه وإن احتجّل كذبه لكن لا موجب شرعي يدمه ، وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار ، حتى لو حضرت وأقرت أربعة ما حدث فظهر أن الغيبة ليست معتبرة ، بل الاعتبار للإنكار وعدم معرفته ، فإذا أنكرت ثبتت شبهة بدرانها المهر عنه ، وإذا لم يعلم إنكارها فلا شبهة فيحد . فإن قيل : ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندها كما في صورة دعوى النكاح لأن الحد لما سقط بإنكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فإنكار أصل الفعل أولى . قلنا : خصصا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث مهمل بن سعد ، فإنه روى وأن رجلا أقرّ بالزنا أربعة بامرأة فأنكرت ، فحدّه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود في شرح الطحاوي ، ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحدّ حدّ القذف ولا يحدّ حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أى بفعل الزنا (فإنه يحدّ وعليه قيمتها) وإنما قيد بالجارية لتكون

الصورتين : دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة . فإن قيل : ينبغي أن لا يجب المهر فيها إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها تنفى وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكورة للنكاح ؟ أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزواج يدعى النكاح فيدعواه النكاح انتهى الحد عنه في هذا الوطء لأنه في دعواه إما أن يكون مصدقا أو مكذبا ، فإن كان الأول أثبت النكاح حقيقة ، وإن كان الثاني فاحتمال الصديق قائم لاحتمال ، والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتمالا للرد فيسقط الحد ، وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة ، فإذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وإن ردتّه . وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة) إنما وضع المسئلة في الجارية وإن كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة

إلى القسسين ، إذ المراد منها كان شبهة الوطء (قوله فإذا تحقق للملزم) أقول : يعني سقوط الحد (قال المصنف : فيوفر على

كل واحد منهما حكمه . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب الملك الأمة فصار كما إذا اشترأها بعد ما زنى بها

صورة الخلاف ، فإنه لو زنى بجمرة فقتلها يحد اتفاقا وينيب عليه الدية . وقوله (وعن أبي يوسف أنه لا يحد) ذكره بلفظ عن ليغيد أنه ليس بظاهر المذهب عنه ، فإن محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير . وعادته إذا كان خلافه ثابتا ذكره ، وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا ، وإنما نقل القتيبي أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة ، وفي قول أبي يوسف لأحد عليه ، وحيث نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة . في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ، ولا قول محمد فيها . وقيل الأشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي وأحمد ، لأنه لو قال لا حول له بأن توقف لذكره ، وإنما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لأن محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولاً ينقله هو . وعلى كون الخلاف هكذا متى المصنف حيث قال : ولهما أنه ضمان قتل . وجه قول أبي يوسف أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب الملك الأمة ، وإذا ماكها قبل إقامة الحد سقط الحد ، كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط . بخلاف الحرمة لأنها لا تملك بالضيان . وعلى هذا قال في لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالقداء بأن زنى بجارية جنت عليه فدفعته إليه بالختابة أو بالشراء أو النكاح أنه لا يحد في ذلك كله . وعند أبي حنيفة يحد في الكل . وقال أبو يوسف : بالدفع يثبت الملك مستندا ، وكذا إذا ملكها بالشراء أو النكاح لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا . ولأبي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤخذ بموجب كل من الفعلين ، ولا منافاة فيجمع بين الحد والضيان ، وكون الضيان يمنع الحد لاستزاه الملك ممنوع لأن هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة ما بلغت ، وهو لا يوجب ملكا لأن عمل الملك المسال والدم ليس بمال ، ثم نزل فقال ما حاصله : إنه لو فرض أن الضيان يوجب الملك لكان يوجب في العين القائمة لأنه يثبت بطريق الاستناد ، والاستناد إنما يظهر في القائم دون الفاتية ، ونافع البضع التي استوفيت فاتية وليس عملها وهو العين قائما ليثبت شبهة قيام النافع فثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق ، ولم يفد

والجارية ، فإنه لو فعل ذلك مع الحرمة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضيان إنما ترد في حق الجارية لا في حق الحرمة ، لأن الأمة تصلح أن تكون ملكا للزاني عند أداء الضيان بشبهة أن لا يجمع البدلان في ملك شخص واحد ، كما إذا زنى بها فأذهب عنها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة .

كل واحد منهما حكمه) أقول : ذكر واحد وصغير حكمه على تأويل الجنائية بالتدعي ، أو لأن الجنائية هنا الزنا والقتل . قال العلامة الزيلعي : لا يحد : إنها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتل فوجب أن لا يثبت إلا القتل ، ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد إذا سرى رماح صار قتل ، ويسقط اعتبار القطع حتى لا يوجب إلا ضمان النفس من الدية أو القصاص . لأننا نقول : ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس ، واليد تابعة لنفس كسائر الأعضاء ، فإن الأعضاء تهلك بفعل النفس تهلك النفس تبعاً ويضلل ضمانها في ضمان الحد وضمان النفس لأمرهما ضمان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا وضمان النفس فخر ذي قتله يعد ويفسخ قيمة المهر الذي لما قلنا انتهى . وأجاب في النهاية أيضا بأن الولد غير موضوع لإزهاك الروح ، فلما وجد في المحل الخلل من أحد الملكين كان زنا عنه وجوده ، ولا يتنقل قتل إذا اتصل به الموت ، بخلاف القطع لأنه سبب الموت لكونه جرحا وإلجرح سبب الموت ، فإذا اتصل به الموت صار قتل من الابتداء لكونه حلة الملة . كما في الرمي كان قتل من وقت الرمي إذا اتصل به زهوق الروح وإن تحلقت الوسائط لكونه موضوعا للقتل ، ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصرف قتل من الابتداء لعدم صلاحية الإضافة إليه وإن صار سببا لنا باعتبار اتفاق الجراح ولذلك لم يمنع وجوب الحد

وهو على هذا الاختلاف ، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ، كما إذا ملك المسروق قبل القطع . ولما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم ، ولو كان يوجب فلما يوجب في العين كما في حبة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معلومة ، وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عنها حيث يجب عليه قيمتها ، ويسقط الحد لأن الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة .

الملك السبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد ، بخلاف السرقة فإن شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالطبع انقطعت ، بخلاف حد الزنا فيقتل القياس ، ومآل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذا الضمان شبهة ملك تلك المنافع ، لأن الثابت شبهة ملك العين لاحقيقته ، وبحقيقته ثبتت شبهة ملك المنافع ، فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة . وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نقيدها . وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع . وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر مآل تقرير المصنف للتزل من التساهل . وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عنها حيث يجب عليه قيمتها) ويسقط به الحد لأن الملك ثمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة) أى في ملك المنافع تبعا فيندرج عنها الحد ، أما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ، ولا يقال : هذا التقليل بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك . لأننا نقول : المستند يثبت أولا ثم يستند ، فاستدعى ثبوت اخل حال الأولية وهو متف . وثمرة أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا . فإن قيل : ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد يحد خلافاً لأبي يوسف فكان رد المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية . بخلاف مانحن فيه (ولما أن هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لأنه ضمان دم) والدم بما لا يملك . ويمكن أن يقرر هكذا لأنه ضمان دم ، وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس يحمل للملك . وقوله (ولو كان يوجب) يعنى سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجب في العين كما ذكرتم في هيئة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لأن المستند لا يظهر في حق المعلوم والمنافع المستوفاة معلومة . قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لتلا بشرط الوجود كما في الحيض درءا في باب الخلود . وأجيب بأن التبين إنما يكون في حكم منيابة غاية ينتظر الوصول إليها ، فإن وصل حكم بثبوته وإلا فلا كما في الحيض ، وليس مانحن فيه كذلك . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا زنى بها) جواب لصورة يمكن أن يستشهد بها أبو يوسف كما قلناه . وتقريره أن الزانى بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك إذ هي موجودة فتورث الشبهة ، وهذا الجواب إنما يستقيم على أصل الجواب دون التزل . ولقاتل أن يقول : الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى : أعنى المنافع لكونها معلومة ، وأما إذا نظرت إلى أصل الجواب وهو قوله إنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فإنه صحيح . ويجوز أن يقال

باعتبار وجوب القيمة انتهى . والتسويل انتهى على جواب الزيلعي (قوله لتلا بشرط الوجود) أقول : حين التبين (قوله كما في الحيض الخ) أقول : قد سبق في باب اثنين في المتى والطلاق (قال المصنف : فأورث شبهة) أقول : أى شبهة كون منافع البضع في ملكه ، وأما في عمل الزناح في الملك أيضا شبهة الثابت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له .

قال (وكل شيء صنفه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حدّ عليه إلا التقصاص فإنه يؤخذ به بالأموال) لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والتقصاص والأموال منها . وأما حد القذف قالوا المذهب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى . والله تعالى أعلم بالصواب .

ملك المقتول لأن بعض القيمة لابد أن يصير بإزاء منافع البضع التي يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد ، وإلا وجب ضمانان بإزاء مضمون واحد . أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله كجراحة اندمت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بإزائه . وفي الفوائد الظهيرية : لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافاً للشافعي . أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد . وفي جامع قاضيخان : لو زنى بجمرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله وكل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقتل والسرقة (لا يؤخذ به إلا التقصاص والمال) فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤخذ به . لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعلمر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الخزي والنكال ، ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه . وفائدة الإيجاب الاستيفاء . فإذا تعلمر لم يجب ، بخلاف حقوق العباد كالتقصاص وضمان المتلفات لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره ، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعه فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيداً ، والمذهب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود ، وهذا يعلم أنه يجوز استيفاء التقصاص بدون قضاء القاضي والقضاء تمكين الولي من استيفائه لأنه شرط . وأورد عليه ما المانع من أن يؤتى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الأموال ، غير أنه إذا صحت هذه الاستثناءة فوجب عليه حق العبد استوفاه العبد ، أو حق الله استوفاه ذلك النائب . وقيل لا يخلص . إلا إن ادعى أن قوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما - يفهم أن مخاطب فيه بالجلد الإمام أن يجلد غيره ، والله أعلم . وقد يقال أين دليل لإيجاب الاستثناءة ، والله سبحانه أعلم .

بالنظر إلى النزول أيضاً بأن الملك وإن كان ثابتاً فيه أيضاً لكن فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ، ولا كذلك في الجثة) العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة ، لكن ليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا أصلاً (وكل شيء صنفه الإمام الذي ليس فوقه إمام) وفسره أبو الليث بالخليفة (فلا حدّ عليه إلا التقصاص ، فإنه يؤخذ به بالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره) قال صلى الله عليه وسلم « أربع إلى الولاية » وعدّها منها إقامة الحدود ، وكلامه واضح . وأما حد القذف فالمذهب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى . ولتقابل أن يقول : لو كان المذهب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف كما لو زنى ، وقد تقدم أنه يحد لأنه حق العبد . والجواب أن حد القذف يشمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما مجسب ما يليق به ، وما يليق بالحر في أن يكون حق العبد لإمكان الاستيفاء ، وما يليق بالإمام أن يكون حق الله تعالى لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه ، والله أعلم .

(قوله وأما حد القذف فالمذهب فيه البغ) أقول : ومجيئ في باب حد القذف .

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(وإذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعمهم عن إقامة بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

قدّم أن الحد يثبت بالبينة والإقرار ، وقدّم كيفية الثبوت بالإقرار لأن وجود ماثبت منه بالبينة بالنسبة إلى ماثبت بالإقرار أكثر نادر لصيق شروطه المقتضى لإعدامه ، وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالليل في المكحلة . وأيضاً لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى بالبينة ، فإنهم كلهم لم يحدوا إلا بالإقرار ، فقدّم ما يكثر وجوده ، وما كان الثبوت به عنده عايه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضى الله عنهم (قوله وإذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعمهم عن إقامة بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة) فقوله متقدم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب : أى متقدم سببه وهو الزنا مثلاً وهو المشهود به . وقوله شهدوا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد ، والتقدم صفة له في الحقيقة . وقوله لم يمنعمهم الخ جملة في محل جر لأنها صفة للثبوت وهى حد ، والفاعل بعدهم ، ولا شك أنه لا يتعين البعد علواً بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الأعداء التى يظهر أنها مانعة من المسابقة . ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة ، وهى قوله (وإذا شهد عليه الشهود بسرعة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال : فإن أقرّ هو بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ، ولا يبنى ما اشتمل عليه من الزيادات . قال المصنف وغيره . والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقدم

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير ، وهما الشهادة والإقرار ، وأخر الشهادة هاهنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة ، إذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالليل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة . قال (وإذا شهد الشهود بحد متقدم ولم يكونوا بعديين عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة إيضاح وهى تعديد ما يوجب الحد ضرباً من السرقة وشرب الخمر والزنا . وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقدم ، وزيادة إثبات الضمان في السرقة ، ثم كما

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(قوله قد ذكرنا أن ثبوت الزنا) أقول : في أوائل كتاب الحدود (قوله وأخر الشهادة ههنا) أقول : أى فيما يتعلق بالرجوع ولا في أول كتاب الحدود بين الشهادة أولاً ثم الإقرار والرجوع عنه . وأيضاً الإقرار قبل الواحد والشهادة قبل المتعدد والواحد قبل المتعدد ، وأيضاً المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة ، بخلاف الإقرار .

وفي الجامع الصغير : (وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشر بخر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

خلافا للشافعي . وفي العبارة تساهل مشهور ، فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب . والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والإقرار بها أربعة مذاهب : الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف . الثاني ردّها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن . الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد . الرابع ردّها ، نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد ، واستدل للشافعي والآخرين بإلحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد ، فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد . ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة . أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا تقبل شهادة خصم ولا غائبين » أي متهم . وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال « إنما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضعف فلا شهادة لهم » . وأما الصغيرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين :

الستر احتسابا لقوله عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة » مع ما قلنا من الحديث في ذلك ، أو الشهادة به احتسابا لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للآزجار بالحد ، فأحد الأمرين واجب غير على القور كخصمال الكفارة ، لأن كلاما من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه بطله على الرأى ، فإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين : إما الفسق ، وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول ، أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني ، وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما ، فأنصرف بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حرّكه حدوث عداوة ، بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا تهمة ، إذ الإنسان لا يعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة ، وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة ، وفي القذف حق العبد فوق حق الدعوى فكثيره فلم يبطل بالتقادم . فإن قيل : لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد :

أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال ، فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط ، والشهادة بالسرقة لا تنلص لأحدهما بل لا تنفك عن الأمرين ، فاشتطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لأنه لا يبطل به ولا تقطعه لأن الحد يبطل به ، ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه إذا شهدوا على إنسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى لما فيه من حق الله تعالى ، وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعى كما في حقوق العباد الخالصة ، وإنما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه إياه ، فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المروق منه والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه ، فإذا أخر ردّناه في حق الحد لا المال بل ألزمنه المال ، بخلاف ما إذا قال زنت بفلاة أو قلبه وهي غائبة لا يبرى جوابها بحد ، ولا يستأى بالحد لأن الثابت هناك شبهة الشبهة ولا تعتبر ، وفي السرقة لا تثبت

لا يحد المشهود عليه بالحد الشهود أيضا حد القذف في الشهادة بالزنا لأن عددهم متكامل والأهلية للشهادة موجودة

والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله، هو يعتبرها بحق العباد وبالإقرار الذى هو إحدى الحجتين . ولنا أن الشاهد غير بين حسبتين أداء الشهادة والسر ، فالتأخير إن كان لاختيار السر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضيقه هيجة أو لعداوة حركته فيهم فيها وإن كان التأخير لا السر يصير فاسقا أثما فتقنا بالمانع ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادى نفسه ، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا ، وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط

أصلا إلا بثبوت المال ، ولا يثبت المال بالشهادة إلا بالدعوى ، وإنما يحبس التهمة كما تقدم ، ولأن الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لأن الثابت احتمال أن يقول هو ملكه ، وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ ، بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لأنه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم . وأجاب ثانيا بأن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان التهمة في حقوق الله سبحانه ، فأقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها ، كالرخصة لما كانت للمشقة وهى غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم . ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة ، وعمل التهمة ظاهر بتركه كل أحد فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ، ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لأن المشقة أمر خفي غير منضبط فلا يمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط ، فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيها نحن فيه . فإن قلت : فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فلما علم المدعى بالسرقة فلم يدع إلا بعد حين فشبهوا فإنه لا تهمة بتأخيرهم ، ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال . فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف إليها ، وما لم يكن فلدى المدعى على ما قال قاضيخان إنما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا تهمة في الشهود لأن الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى ، فإن صاحب المال كان غيرا في الابتداء ، فإذا أخر فقد اختار السر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بئى له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع ، كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى

وذلك بمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح . ومعنى قوله غير بين حسبتين أجريين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا ، والاسم الحسبة بكسر الحاء وهى الأجر والجمع الحسب . وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقدمة لم تقبل ، فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى . ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه

(قال المصنف : والأصل فيه أن الحدود الخالصة ، إلى قوله : هو يعتبرها بحق العباد والإقرار الخ) أقول : لى بشهادتها فالضابط مقدر بقرينة هو يعتبرها بالإقرار (قال المصنف : وإن كان التأخير لا السر يصير فاسقا) أقول : فيه بحث ، فإن وجوب أداء الشهادة في الحدود قد اتسع فكيف يصير بالتأخير فاسقا . وفى الكفاي وشرح الزيلعي أيضا : وإن كان لا السر صاروا آثمين فاستين بالتأخير لأن أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ، ولهذا لو أخر المدعى في حقوق العباد بعد طلب المدعى بلا عذر لا تقبل شهادته اهـ . ولا يخفى طيبك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم غير بين حسبتين ، وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود حتميا ، بخلاف حقوق العباد فإنه واجب فيه فظهر الفرق فتأمل في جوابه ، فإنه يمكن أن يقال بعد اختيار الأداء يصير واجبا كما في التواضع يجب بالفرع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول : والأوجه أن يوجه السؤال بأنه لو صح ما ذكرتم لزعم أن تسع الشهادة بالسرقة المتقدمة

المحدد لأنه خالص حق الله تعالى على مامر ، وإنما شروط للمال . ولأن الحكم يدار على كون الحد حقاً لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ، ولأن السرقة تقام على الاستمرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه فيالكتمان بصير فاسقاً آثماً ، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ماتقادم الزمان لايقام عليه الحد لأن الإمضاء من القضاء في باب

بالمال دون القطع اهـ . فيجعل هذا الاعتبار فيما إذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة ، أما لو أنخروا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه بإعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الأخير وهو قوله (ولأن السرقة تقام على الاستمرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه ، وبالكتمان بصير فاسقاً آثماً) يقتضي أن ترد في حق المال أيضاً للفسق ، ولكن ماذكر من أنهم إذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد ، لكن السارق يضمن السرقة لأن وجوب المال لا يبطل بالتقادم بإطلاقه يقتضي فيما إذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر ، حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ماتقادم الزمان لايقام عليه) وقول زفر هو قول الأئمة الثلاثة ، لأن التأخير بعلمه هربه وقد زال العلو (ولنا أن الإمضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى ، بخلاف حقوق غيره ، وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الأحكام في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلاشبهة فكان الاستيفاء من تمتة القضاء ، أو هو هونا إذا لم يحتاج إلى التلغظ بلفظ القضاء حتى يجازله الاستيفاء من غير تلفظ به ، بخلافه في حقوق غيره تعالى فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنها وإنما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها ، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حال الاستيفاء ، كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعاً ، والتقادم لم يبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى ، وهذا رد المختلف إلى المختلف ، فإن كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطاً صحيح لكن الكلام في معنى قيامها ، فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم ، وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور . ثم قد يقال لو سلم ترجع هذا لكن التقادم إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فائضا تقادم السبب بلا توان منها لا يبطل الواقع صحيحاً ، ولو قلنا إن ردها أنبط بالتقادم فلم يلفظ إلى التهمة بعد ذلك يجب كونه

خالص حق الله تعالى على مامر ، والدعوى ليست بشرط فيه وإنما هي شرط للمال وهو حق العبد . وقوله (ولأن الحكم يدار) جواب آخر . وتقديره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى هو تهمة الضميمة والمدعاة ، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقاً لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا ، كما أدبر الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراد . وقوله (ولأن السرقة) جواب آخر . ووجهه أن السرقة (تقام على الاستمرار) لأنها توجد في ظم الليالي غالباً (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد إعلامه) فإذا كتمه صار آثماً . وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر . وقوله (لأن الإمضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد إما إعلام من له القضاء أو تمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء ،

الحدود . واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوي . وأبو حنيفة لم يقدّر في ذلك وفوضه إلى رأى القاضى في كل عصر . وعن محمد أنه قدّره بشهر لأن مادونه عاجل ؛ وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الأصح . وهذا إذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة . والتقادم في حد الشرب كلكل

أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين وإلا فمتنوع ، ونذكر فيما يلى هذه القولة مافيه زيادة إن شاء الله تعالى (قوله واختلفوا في حد التقادم ، وأشار محمد في الجامع الصغير إلى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الإيمان إذا حلف لا يكلمه حيناً ، وأبو حنيفة لم يقدّره . قال أبو يوسف : جهلنا بأبى حنيفة أن يقدّره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأى القاضى في كل عصر ، فأراه بعد مجانية الهوى تفريطاً تقادم ، وما لا بعد تفريطاً غير تقادم . وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك ، فلما يوقف عليه ينظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فصب المقادير بالرأى متعلل (وعن محمد أنه قدّره بشهر لأن ما دونه عاجل) على ما في مسألة الحلف ليقضين دينه عاجلاً فقصاه في دون الشهر لا يثبت ويعله بحث (وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الأصح) وما أخذ هذه الرواية مما في المجرّد . قال أبو حنيفة : لو سأل القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد . وإن قالوا شهر أو أكثر درئ عنه . قال أبو العباس الناطقى : فقدّره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد (وهذا) أعنى كون الشهر فصاعداً يمنع قبولها (إذا لم يكن بينهم وبين القاضى مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة)

وهذان العيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء ، وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فستفن عن هذين المعنيين ، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء ، فلذلك كان الاستيفاء من تمام القضاء في حقوق الله تعالى (واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي ، وأبو حنيفة لم يقدّر في ذلك) نقل الناطقى في الأجتناس عن نوادر المعلى . قال أبو يوسف : جهلنا على أبى حنيفة أن يوقت في ذلك شيئاً فأتى ، وفوضه إلى رأى القاضى في كل عصر (وعن محمد أنه قدّره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة) ذكر في المجرّد . قال أبو حنيفة : لو سأل القاضى متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد ، وإن قالوا شهر أو أكثر درئ الحد . قال الناطقى : فقدّره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد أصله مسألة الميمين حلف ليقضين دين فلان عاجلاً فقصاه فيها دون الشهر بر في يمينه . وقوله (وهو الأصح) يعنى تقدير التقادم بشهر . وقوله (وهذا) أى الذى قلنا من تقدير التقادم بشهر (إذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان فلها تقبل لأن المانع بعدهم عن الإمام فلم تتحقق التهمة)

(قوله فلذلك كان الاستيفاء من تمام القضاء في حقوق الله تعالى) أقول : وذكر في التوائد الظهيرية : والله فيه أن المقصود من التلطف بلفظ القضاء إعلام للشهود له أنه حقيق بالمجهود به أو إقراره على استيفاء ما إدّاه ، وفي الحدود لإسبيل إلى كل واحد منهما ، أما الإعلام فلأن المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى ، قال الله تعالى - وأقيموا الشهادة لله - وإنه لا يلقى عليه عناية وقاية القاضى ، وأنه يستطیع العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة إلى التلطف بلفظ الشهادة ، وكذلك الإقرار على الاستيفاء فإن القاضى بدون التلطف به قادر على الاستيفاء ، كما في نسخ النيابة . وأما في مرجع الدراية ولا تمس الحاجة إلى التلطف بلفظ القضاء اهـ . وهو المناسب لسباق والسابق كالإيضاح .

عند محمد ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلاتة وفلاتة غالبة فإنه يحد . وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا ، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهم

فقد نظر في هذا التقادم إلى تحقق التهمة فيه وعلمه ، وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد ، إلا أن يقال : إذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه هذه الموانع من الشهادة . ويجب أن هذا الرجوع في المعنى إلى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الأمرين من الفسق والتهمة ، ثم هذا التقادم المقرر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر ، أما فيه فكذاك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعد ما لم تقبل عندهما ، وسأق في هذه المسئلة إن شاء الله تعالى (قوله وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلاتة وهي غالبة فإنه يحد) أجمع الأئمة الأربعة عليه ، وكذا لو أقر بالزنا بغالبة يحد الرجل بإجماعهم لحديث مازر فإنه أقر بغالبة على ما تقدم ذكره ورجعه عليه الصلاة والسلام . ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا : لا يحد حتى يحضر المرأة لاحتمال أن يحضر فتدعى ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه . ثم رجع إلى قول الكل . وسيظهر وجه بطلان القول الأول (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع . والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة) للعلم بالبيئة لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه ، والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضى ، وطولب بالفرق بين القصاص إذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاءه لجواز أن يحضر فيقر بالعمو وبين الشهادة بزنا الغالبة فإن الثابت في كل منهما شبهة الشبهة . أميب بالنسبة إلى الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العمو فإن العموليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة ، وإنما تكون شبهة الشبهة لو كان العمو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة ، بخلاف الغالبة فإن نفس دعواها النكاح مثلا شبهة ، فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة ، واعتبارها باطل ولا أدى إلى نفي كل حد فإن ثبوته بالبيئة أو الإقرار ، والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه ، وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا ، فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد . وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لأنه

قال (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلاتة وفلاتة غالبة فإنه يحد) وكذا إذا أقر بملك (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع . والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى) لأنها لا تصح على الغائب (وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهم) لأنه شبهة الشبهة ، فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها لتلا ينسد باب إقامة الحدود . ويبان ذلك أنها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب ، فإذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة ، وهذا بخلاف ما إذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فإنه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعمو ، لأنه لو حضر وأقر به سقط القصاص بمحققة العمو لا بشبهة . فإذا كان غائبا ثبت

— ثم قال الكاكي : ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء ، فإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حالة الاستيفاء كما كان شرطا حالة القضاء إجماعا ولم يبق بالتقادم الشهادة (قال المصنف : وهي شرط في السرقة) أقول : لقطع لا لقضاء حتى يباين أبا فغا .

(وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحّد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وإن أقرّ بذلك حدّ) لأنه لا يحنى عليه أمته أو امرأته (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكروها وأخراها طاعوته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالوا : يحّد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرّد أحدهما بزيادة جنابة وهو الإكراه ، بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما . وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ،

يحمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحّد) لأن الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التي رايتوها معى ليست زوجتي ولا أمتى لم يحّد أيضا لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد ، وهذا اللفظ منه ليس إقرارا موجبا للحد فلا يحّد ، وأما ما قيل ولو كان إقرارا فمرة لا يقام الحد بقتضى أنه لو قال أو بما حد وليس كذلك (وإن أقرّ أنه زنى بامرأة لا يعرفها حدّ) لأنه لا تشبه عليه امرأته ، فإن قيل : قد تشبه عليه بأن لم تزف إليه . قلنا : الإنسان كما لا يقرّ على نفسه كاذبا لا يقرّ على نفسه حال الاشتباه . فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشبه عليه بزوجه التي لم تزف ، وصار معنى قوله لم أعرفها : أى باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمخصوص عليه ، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من يشبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وإن شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلاي قالوا استكروها وأخراي قالوا طاعوته ، فعند أبي حنيفة يندرى الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة (وقالوا : يحّد الرجل خاصة لاتفاقهم) أى الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه ، كلنا في بعض النسخ وهو الأحسن وفى غالبها لاتفاقهما : أى الفريقين ، وعليه قوله (وتفرّد أحدهما بزيادة جنابة) أى تفرّد أحد الفريقين بزيادة جنابة منه (هى الإكراه) وهو لا يوجب التثخيف عنه (بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا ، فعلم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنا بصغيرة مشبهة أو مجنونة . ولأبى حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره ، فقال اختلف المشهود عليه ، فإن المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما إذا كانت طائعة ، لأن الفعل : أى الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدّان ، وواحد على تقدير وهو ما إذا كانت مكروهة

شبهة العفو لاشبهته (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحّد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يزنى ، والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمه وبين غيرها إلا بالمعرفة ، فإذا لم يعرفوها لا يمكن إقامة الحد بشهادتهم (وإن أقرّ بذلك) أى بالزنا بامرأة لا يعرفها (حدّ لأنه لا يحنى عليه امرأته أو أمته ، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكروها وأخراها طاعوته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ، وقالوا : يحّد الرجل خاصة لاتفاقهما) أى لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرّد أحدهما بزيادة جنابة وهو الإكراه ، بخلاف جانبها) فإن الموجب لم يتحقق (لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاتلافهما) فيها وعلم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشبهة أو المجنونة (ولأبى حنيفة أن المشهود به قد اختلف لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين . وهؤلاء أئمتنا له وصفين متضادين ، لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفرد الرجل به واجتماعهما متملر ، فكان كل واحد منهما فعلا

ولأن شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها . وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط لإحصانها فصارا خصمين في ذلك (وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درى الحد عنهما جميعا) لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزرقر

فإن الرجل هو المفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا ، لأن الإكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ، ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة ، فاختلاف الفعل المشهود به أورد اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة ٨١ . ولا يخفى أن المؤثر في إسقاطه عن الرجل ليس إلا اختلاف الفعل المشهود به فإنه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم ، لأن حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحدّه عندهما . ولا فائدة لأى حقيقة في إيراد هذا الكلام . بل الذى يفيد اختلاف الفعل المشهود به ، فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له . ولا يفيد في المقصود فائدة بعيدة ، وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه ، والقرص أن ذلك التقدير وهو طواعيها غير ثابت ، فإنما هو أمر مفروض فرضا لا فائدة فيه أصلا . ولذا حل شارح لفظة عليه على به ، وعليه اقتصر في الكافي فقال : وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما : أى على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء ، وهذا لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبيه ضرورة يعنى أن الزنا بطائفة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزنا بطائفة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائفة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة . وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه ، أى وجوده بهما (قوله ولأن شاهدى الطواعية) لما انتموا الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم ، وكان مقتضاه أن يحد أحد القذف ، لكن سقط بشهادة الآخرين بزنا مكرهة ، فإن الزنا مكرهها يسقط الإحصان في حد القذف ، والإحصان يثبت بشهادة اثنين ، فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد . وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف يحتاج إليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الأئمة حيث قال : لم يجب حد القذف على الشهود عند أبى حنيفة لأنهم اتفقوا على النسبة إلى الزنا بلفظة الشهادة ، وذلك مخرج لكلهم عن كونه قذفا كما في المسئلة التى تلى هذه ، وأما عندهما فلأن شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدى الإكراه أسقطاه إلى آخر ما ذكرنا (قوله وإن شهد اثنان الخ) أى شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (درى الحد عنهما جميعا لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لأن الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود)

خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة . وقوله (ولأن شاهدى الطواعية) دليل آخر . وتقريره لأن شاهدى الطواعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم وإذا انتفت شهادتهما نقض نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضى إقامة حد القذف على شاهدى الطواعية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط لإحصانها) لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الإكراه . وقوله (وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر . وقوله (بخلاف لزرقر)

لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة (وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه : أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية ، وهذا استحسان . والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة . وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتها في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم والمؤخر في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

للقذف ، وفيه خلاف زفر ، فعنده يحلون للقذف وهو قول الشافعي لأن العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة ، كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فإنهم يحلون . قلنا : كلامهم وقبح شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولغة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فإن شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرج الحد عنهم . والحاصل أن في الزنا شبهة أوجب الدرع عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجب الدرع عن الشهود . قال قاضيخان : وكلامنا أظهر لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - وقد وجد الإتيان بأربعة (قوله وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية (وهذا) أعني حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان) والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة . وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتى قبلها من البلدين والدارين . والقياس قول الزفر والشافعي ومالك . وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير إذ الكلام فيه بخلاف الكبير ، وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لأن البيت إذا

يعنى أنه يقول يحلون لأن شهادتهم لم تقبل لتقصان العدد فصار كلامهم قذفا ، كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فإنهم يحلون حد القذف . ولنا ما ذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد شبهة اتحاد المشهود به . وتقريره أن الشبهة دائرة في الحدود بالحديث وقد وجدت لأتهم شهدوا ولم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة ، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيلزم الحد . قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه ، فبالنظر إلى الأول لم تعد الشهود ، وبالنظر إلى الثاني لم يحد المشهود عليه . وقوله (وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر . ولا يقال : إن ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يمثال لدنيتها للإثباتها ، لأن هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد . فلان قيل : فإن كان كذلك فما بالك لم تصححو الشهادة في مسألة الإكراه والطوعية على مذهب أى حنيفة رحمه الله بأن يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانهاؤه عن طوع . أعجب بأن كل ما ذكر في مسألة الإكراه والطوعية لا يتفاوت بين أن يكون إكراها من أوله إلى آخره ، وبين أن يكون أوله إكراها وآخره طوعا لأن الإكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله إلى آخره إكراها أو أوله إكراها وآخره طوعا ، فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به

(قوله في زعمهم نظرا إلى الخ) أقول : فيه تأمل (قوله قيل والحاصل) أقول : صاحب القيل هو الإفتراق (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول : أى أنها شهادة صورة وإن لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بأن ذلك احتيال الخ) أقول : سيجب الفارح من هذا الدوال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجع (قوله أعجب بأن كل ما ذكر الخ) أقول : ويجوز أن يفرق أيضا بأن الطوعية داخلية في صلب الشهادة ولهذا يسأل الإمام عن الكيفية كما صرحوا به ، بخلاف زوايا البيت فإنه لو سكنت منها تقبل الشهادة فأنكى بإمكان التوفيق فيما ليس داخلا فيها صونا للحجة الشرعية عن البطان بقدر الإسكان ولم يكتب به فيما هو داخل فيه نظرا للمشهود عليه ورعاية لجانبه للقيام .

(وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعاً) أما عنهما فلا نأتيهما بكتب أحد الفريقين غير عين ، وأما عن الشهود فلا احتمال صدق كل فريق

كان صغيراً والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب فيقول إنه في الزاوية التي تليه ، بخلاف الكبير فإنه لا يحتمل هذا فكان كالدارين ، فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد ، بأن كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار إلى أخرى بتحركهما عند الفعل . وأما ما قيل فظنهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بمجيد لأن ذلك أيضاً قائم في البلدين . ثم إنما هم مكلفون بأن يقولوا مثلاً في دار الإسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه . فإن قيل : هذا توفيق لإقامة الحد وهو احتياط في الإقامة والواجب درؤه . أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل ، فإنه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت ، وقبوله مبنى على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وإن لم ينص عليه في شهادته . فإن قيل : الاختلاف في مسئلتنا منصوب عليه وفي هذه مسكوت عنه . أجيب بأن التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت . ومن الأول ما إذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والزال أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أبيض أو أسود تقبل في كل ذلك . وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما إذا شهدوا ، فاختلوا في الإكراه والطوعية ، فإن هذا التوفيق يمكن بأن يكون ابتداء الفعل كرهاً وانتهاءه طوعية . قال في الكافي : يمكن أن يجاب عنه بأن ابتداء الفعل كرهاً إذا كان عن إكراه لا يوجب الحد ، فبالنظر إلى الابتداء لا يجب وبالنظر إلى الانتهاء يجب ، فلا يجب بالشك ، وهنا بالنظر إلى الزاويتين يجب فافترقا (قوله ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة) بالنون والحاء المعجمة تصغير نحلة مكان بظاهر الكوفة ، وقد يقال بجمله بالياء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لأنه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد) على أحد منهم ، أما عنهما فثلاثين بكتب أحد الفريقين غير عين (إذ الإنسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك ، وأما في الشهود فثلاثين بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك ، فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لأنه يصح كون الأمرين فيهما في ذلك الوقت ، لأن طلوع الشمس يقال لوقت تمتد امتداداً عريضاً لأنه لا ينجس أن ظهورها من الأفق ، ويحتمل تكرار الفعل . ودير هند : دير بظاهر الكوفة ، وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت تهربت وبنت هذا الدير وأقامت به ، وخطبها المغيرة بن شعبة أيام إمارته على الكوفة فقالت : والصليب ماني رغبة لجمال ولا كثرة مال إنما أراد أن يفتخر ببنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر ، وإلا فأني رغبة لشيخ أعور في عجز عبياء ؟ فصدقها المغيرة وقال في ذلك :

أدركت مامنيت نفسي خالياً لله درك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة دحية ! إن الملوك ذكية الأذهان

كما ذكرنا . قال (وإذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعاً) النخيلة تصغير نحلة التي هي واحدة النخل : موضع قريب من الكوفة ، والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لأنه اسم حن من اليمن ، ودير هند لا يساعد عليه لأنه أيضاً موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح . وقوله (فلا احتمال صدق كل فريق) يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين

(١٤) (دحية) بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحته وهو الداه : أي المكر ، ووقع في التسبيح وذمته بمسجدة ونون وهو تحريف فليحذر كنه مسجده .

(وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحلد عنها وعنها) لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ، ومعنى المسئلة أن النساء نظرن إليها فقلنا إنها بكر ، وشهادتهن حجة في إسقاط الحلد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحلد عنها ولا يجب عليهم (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عريان أو محجودون في قذف أو أحدهم عبد أو محلود في قذف فلهن يخلون) ولا يحسد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحلد وهم ليسوا

إني لخلقتك بالصليب مصدق في والصاب أصلق حلفة الرهبان وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فسألها يوما عن حالها فقالت :

فينا نسوس الناس والأمر أمرنا إذا نحن فيهم سوقة نتصف
فأفّ لندينا لايوم نعيمها تقبل تارات بنا وتصرف
ذكر هذا ابن السجري في أماليه على القصيدة المنازلية للشرى الرضى الى أولها :

مازلت أطرق المنازل باللوى حتى نزلت منازل التعمان
ولقد رأيت بدير هند منزلا ألما من الضراء والحسدان
أفضى كستمع الحوان تغيبت أنصاره وخلا عن الأعوان
بلى المعالم أطسرت شرفاته إطراق منجذب القرينة عان
وذكرت مسحبا الرياط بمجوة من قبل بيع زمانها بزمان
وبما ترد على المغيرة دهبه نزع التوار بطيعة الإذعان

والنوار من النساء التي تغفر من الرية ، يقال نارت المرأة تنور نورا إذا فرت عن القبيح (قوله وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) بأن نظر النساء إليها فقلن هي بكر (درئ الحلد عنها) أى عن المشهود عليها بالزنا (وعنها) أى ويبرأ أحد القلتف عن الشهود وهو أحد قولى الشافعى وأحد ، وعند مالك تحمد المرأة والرجل ، أما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود إذ لا بكارة مع الزنا ، وقول النساء حجة في لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحلد . والوجه أن يقال إن لم تعارض شهادتهن بشهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها ، وهو لا يستلزم عدم الزنا بلجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في إلزائها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحلد ، وإن عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لأنها لا تقوى قوة شهادتهم . قلنا : سواء انتهضت معارضة أولا لا بد أن تورث شبهة بنا يدري ، ولنا يسقط بقولن هي رتقاء أو قرناء ويقل في ذلك قول امرأة واحدة ، وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا ، وإنما امتنع الحلد بشهادتهم لقولن بقولن حجة في إسقاط الحلد لا في إيجابه . والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في إلزائها بالزنا أو لكذبهم (قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عريان أو محجودون في قذف أو أحدهم عبد أو محلود في قذف يحسد المشهود ولا يحسد المشهود عليه) الأصل أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع :

قائم ، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحلد على القاذف ، وقوله (درئ الحلد عنها وعنها) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة ، وشهادة النساء حجة في لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في إسقاط الحلد فيسقط عنها ، وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة ، وإنما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولن في إثبات الحلود . وقوله (فإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عريان) ظاهر .

(قال المصنف : وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عريان) أقول : السيمان والمحجودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من

من أهل أداء الشهادة . والعبد ليس بأهل للتحمل والأداء فلم تثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء (وإن شهدوا بذلك وهم فساق أوظهر أنهم فساق لم يحدوا) لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينقد عندنا ، ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا . وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فهذا له متنع الحدان ، وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصالة أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لأنهم قلقة إذ لاحصة عند

أهل التحمل والأداء على وجه الكمال وهو المبالغ الماقل العدل . وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهل للتحمل ولا للأداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار . وأهل للتحمل لا الأداء كالمحدودين في قلغ والعيمان . فالأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها ، والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أو لا فلا ، والثالث لا شهادة له أصلا حتى لم يعتبر فيها لم يعتبر للأداء فلا يصح النكاح بمحضرهما وشهادتهما ، والرابع يعتبر في هذا فصيح النكاح بمحضر العيمان والقلقة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل . إذا عرف هذا في المسئلة المذكورة عدم الحد لازنا ظاهر لأنه لا يثبت بشهادة هؤلاء : أي العيمان والمحدودين في القلف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها مالا يثبت معها من الحدود : وهذا لأن العيمان والمحدودين ليسوا أهلا للأداء . والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء لمصاروا قلقة فيحدون ، بخلاف الفساق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وإن لم يقبلوا لأنهم أهل للأداء مع قصور . حتى لو حكم ساحم بشهادة الفساق فنقد ، غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ، ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصالة أن الفاسق ليس من أهل الشهادة . وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وإن نقص عدد الشهود عن أربعة) بأن كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القلف : يعنى إذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لأنه حقه فتوقف على طلبه . وهذه إجماعية لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة - وحين شهد على المغيرة رضى الله عنه أبو بكره ونافع بن علقمة وشبل بن مبدد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضى الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان لإجماعا ،

وقوله (لأن الزنا يثبت بالأداء) أى يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة ، ولا أداء للعيمان والعبد والمحدودين في القلف لا كاملا ولا ناقصا ، فاقبلت شهادتهم قلحا لأنهم نسبوا إلى الزنا ولم تكن نسبتهما إلى الزنا شهادة فكانت قلحا ضرورة . وقوله (لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل) يعنى بالنص ، قال الله تعالى - إن جاءكم فاسق بنبأ فتثبتوا - فالأمر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الأداء ، لأنه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت ، ألا ترى أن العبد إذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت . وذكر الإمام قاضيه خان أن الشهود ثلاثة : شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل ، وشاهد له أهلية التحمل والأداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق ، وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء كالأعمى والمحدود في القلف ولهذا ينقد النكاح بهما (وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قلقة ، إذ لاحصة عند

أهل التحمل ولهذا ينقد النكاح بمحضرهم ، والعبد ليس من أهل التحمل والأداء ، والفاسق من أهل التحمل والأداء (قال المصنف : لأن الزنا يثبت بالأداء) أقول : أى عند القاضي كما نشر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود : الزنا يثبت بالبين والإقرار حيث قال : ولما راد بوجه عند الإمام فراجعه ~

نقصان العدد وخروج الشهادة عن القلف باعتبارها (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فحضر بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبداً أو محمداً في قلف فلأنهم يحذون) لأنهم قلفة إذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرض الضرب : وإن رجم فلدته على بيت المال . وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا : أرض الضرب أيضاً على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله : معناه إذا كان جرحه . وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب . وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون . لما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب ، إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسم فينتظم الجراح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع . وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلال إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب القرامة في مالم فصار كالرجم والقصاص .

والأربعة إخوة لأم وأسم أمهم بعية . وأما وجهه من جهة المعنى فلأن اللفظ لا شك في أنه قلف ، وإنما يخرج عن حكم القلف إذا اعتبر شهادة ، ولا يعتبر شهادة إلا إذا كانوا نصاباً (قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فحضر بشهادتهم الخ) حاصلها أنه إذا حد بشهادة شهود جلدوا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتاله إياه ثم ظهر بعض الشهود عبداً أو محمداً في قلف أو أمي أو كافراً فلأنهم يحذون بالاتفاق ، لأن الشهود حينئذ أقل من أربعة ، ومضى كانوا أقل حداً أو أحد القلف . ثم قال أبو يوسف ومحمد : أرض الجراحة ودية النفس فيها إذا مات في بيت المال . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا شيء عليهم ولا على بيت المال ، ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فلدته على بيت المال اتفاقاً . قال المصنف (وعلى هذا إذا رجع الشهود) يعني بعد ما ضرب فجرح أو مات (لا يضمنون عنده ، وعندهما يضمنون) أرض الجراحة إن لم تمت والدية إن مات . وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظ ، وعلى هذا لأن مثله يقال إذا كان الخلاف في المشار إليها كالخلاف المشبه به ، وليس هنا كلام . فإن ذلك الخلاف هو أن الأرض والدية في بيت المال عندهما ، وعنده ليس على بيت المال شيء وهذا عندهما على الشهود . وعنده ليس عليهم شيء . وقال الشافعي ومالك وأحمد : الأرض والدية على الحاكم (قوله لما أن الواجب مطلق الضرب . إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسم فينتظم الجراح وغيره فيضاف) الجرح والموت (إلى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بأنهم جناة في شهادتهم ، كمن ضرب شخصاً بسوط فجرحه أو مات ، وكشهود القصاص واقطع إذا رجعوا ، هذا إذا رجعوا . وأما إذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبداً أو محمداً الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلال إلى القاضي لأنه الأمر له ، وفعل المأمور ينتقل إلى الأمر عند صحة

نقصان العدد) فإن الشاهد بخير بين حسيين على مامر وهما لم يوجد منه حسيه السر وهو ظاهر ، ولا حسيه أداء الشهادة أيضاً لنقصان عددهم ، فإن الله تعالى قال : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . وإذا لم توجد الحسية ثبت القلف لأن خروج الشهادة عن القلف إنما كان باعتبار الحسية . وقوله (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر . وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرض الجراحة إذا لم تمت والدية إن مات . (قوله قصار كالرجم والقصاص) يعني إذا شهدوا الشهود فرجم المشهود عليه أو قتل ثم رجعوا فضمنوا الدية . ووجه

ولأن حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ، فلا يقع جارحا ظاهرا إلا للمخفى في الضارب وهو قلة هدايته فاقصر عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كي لا يمتنع الناس عن الإقامة بخافة الغرامة (وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يجد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها

الأمر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه ، وفيه يكون الضمان في بيت المال لأنه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقت به بسبب عمله فلم في مالم ، وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص إذا قضى به ، فإن الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا النخ في بيت المال اتفاقا (قوله ولأن حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب ، وقولهما في إثباته أن الاحتراز عن البخراج خارج عن الوسع ممنوع بل يمكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا إلا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياظه فاقصر عليه) فلم يتعد إلى الشهود ولا القاضي ، بخلاف الرجم فإنه مضاف إلى قضاء القاضي لأنه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عماله العامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في مالم لأن الغرم بالغنم ، أما الجلد الجراح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) لأنه لم يعتمد ، فلو ضمنه لامتنع الناس من الإقامة بخافة الغرامة ، وإذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي لتثبت في بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب . وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الإسلام في مبسوطه : لو قال قاتل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأن ليس مأمورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل ، فإذا وجد ضاله على هذا الوجه . رجع متعليا فيجب عليه الضمان . وهذا أوجه من جعله احترازا عن جواب القياس ، وإنما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع (قوله وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يجد لما فيها) أي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها في موضعين : في تحميل الأصول . وفي نقل الفروع . وهو قول مالك وأحمد . والأصح من مذهب الشافعي أنه يجد بها إذا تكاملت شروطها ، ونحن بينا زيادة الشبهة وهي وإن لم تمنع في الشرع لأن

أي حنيفة ظاهر . وقوله (في الصحيح) يعني في الرواية ، وذكر في مبسوط فخر الإسلام : ولو قال قاتل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل ، فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجه يقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان . وذكر في كتاب الإيضاح في هذه المسئلة لأن حنيفة وجهها حسنا ، وهو أن الإضافة إلى الشهود من حيث الإيجاب دون الإيجاد . والأثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا إلى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان . وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه . فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن

(قال المصنف : إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) أقول : قال الإجماع استثناء من قوله فيقتصر عليه ، وهذا جواب سؤال بأن يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب عليه الضمان وهو القياس ، فأجاب عنه وقال : لكن لا يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستعصان كي لا يمتنع الناس اه . وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية (قال المصنف : لما فيها من زيادة الشبهة) أقول : يعني أن في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متصلة لتلا يلزم اتساع باب الحدود ، وفي الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحصيل أيضا فلها زيادة الشبهة ولا تحصل (قال المصنف : ولا ضرورة إلى تحملها) أقول : يعني أن الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ، ولا حاجة إليها هنا لأن الحدود يحصل لذاتها لا لإثباتها .

(فإن جاء الأولون فشهدوا على المعينة في ذلك المكان لم يحذ أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه ، لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحصيل ، ولا يحذ الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة . وهي كافية للرد للحد لا لإيجابه (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الرابع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلأنه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الرابع ربع الحق . وقال الشافعي : يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص ، وسنينه في الديات إن شاء الله تعالى . وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر

الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ، ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء فلأنها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة إلا في الحدود ، وسببه أنه يحتاط في حرثها فكان الاحتياط رد ما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ، ولأنها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في إثباته لأنها يحتاط في إعطاله (فإن جاء الأولون) يعني الأصول (فشهدوا بالمعينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لأن شهادة هؤلاء الأصول قد ردت على الشرع من وجه برده شهادة الفروع في عين الحادثة) التي شهد بها الأصول (إذ هم قائمون مقامهم) فصار شبهة في ذمة الحد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الأصول ولا الفروع (لأن عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قلما ، غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية للرد للحد لا لإيجابه فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة : إما قبل القضاء ، أو بعده قبل الإمضاء ، أو بعده . ذكرها المصنف كلها ، فذكر أولا ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإمضاء وهو الراجح مثلا ، وأن حكاه أنه وحده يغرم ربع الدية . أما غرامة ربع الدية فلأنه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الرابع ربعها لإثباته بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع . وقال الشافعي : يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون . قال المصنف (وسنينه في الديات) قيل وقعت الحولا غير راجحة لأنه لم يذكر فيه وأما حد الرابع وحده فذهب علمائنا الثلاثة أنه يحذ وقلل زفر : لا يحد لأنه إن كان قاذف حتى يرجعه فقد بطل بالموت لأن حد القذف لا يورث لأن الغالب فيه حتى الله فيورث شبهة ، وإن كان قاذف ميت فهو مرموم يحكم

فيه زيادة ونقصان . قوله (إذ هم قائمون مقامهم) أي الفروع قائمة مقام الأصل ، فكان الرد لشهادة الفروع رد لشهادة الأصول ، وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول ، وفي الموضع الذي ترد يتعدى ردّها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة . وقوله (ولا يحد الشهود) يعني الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل) والأهلية موجودة (وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحصيل في الفروع ، وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية للرد لا لإيجابه) لأن الشبهة مسقط للحد لا موجهة له . قال (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح . وقوله

(قال المصنف : وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة) أقول : عطف على قوله أما الغرامة يتأويل أما الغرامة فلجب جمع علمائنا لأنه بقي من يبق الخ ، وأما الحد فذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ورحمهم الله تعالى .

لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حتى فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قلظا بالرجوع لأن به تنسخ شهادته فجعل للحال قلظا للميت وقد انفسخت الحججة فينسخ ما يتبقى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة. بخلاف ما إذا قلناه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه

القاضي وحكمه برجه بموجب شبهة في إحصائه ولهذا لا يحد الباقون إجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار الشق الثاني وهو أنه قلظ ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه ، أما أنه قلظ ميت فلأن بالرجوع تنسخ شهادته فتصير قلظا للحال لأنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قلظا من الأول لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنسخ فتصير قلظا للحال ، كن عاق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لأنه يتبين أنه وقع حين التكلم به ، وكذا إذا فسغ وإرث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع ، بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فليهم يحدون كلهم لأنه ظهر أن الراجع وغيره قذفة لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون ، وإنما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لأنه قلظ حيا فمات ، وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دائرة للحد عنه ، فلأنه لما انفسخت الحججة انفسخ ما بين عليها وهو القضاء برجه في حقه بزعمه واعترافه ، فإذا انسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث بموجب شبهة في حقه لأن زعمه معتبر في حقه ، بخلاف غيره لأنه لم ينسخ في حق غيره فلما حد الراجع ولم يحد غيره لو قلناه لأن القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ، ثم

(لأنه إن كان قاذف حتى فقد بطل بالموت) يعني لأن حد القذف لا يورث (وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي) وذلك إن لم يسقط الإحصان فلا أقل من إيراث الشبهة والحد يسقط بها (ولنا أن الشهادة تنقلب قلظا بالرجوع) عنها لأنها تنسخ به ، وإذا انفسخت كانت قلظا لانقضاء الحسبتين جميعا (فجعل للحال قلظا للميت) وإذا انقلبت قلظا فقد انفسخت حججها ، وإذا انفسخت حججها انفسخ ما بين عليها وهو القضاء ، وإذا انسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الإحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه ، لكن قيد بقوله في حقه لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر ، بخلاف ما إذا قلنا غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه ، لأن قضاء القاضي في زعمه صحيح مقرر . فكان قلظه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف . ولقال أن يقول : القضاء لو كان قائما في زعمهم وجب الحد لامحالة ، فإذا كان قائما في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ، ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد . واعترض أيضا بأن أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالإجماع ، ولو ظهر أحدهم عبدا بعد الجلد حد وما ذلك إلا لأن القذف إن ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر . ومن قلظ حيا ثم مات المقدوف لا يحد القاذف . وأجيب بأن أحدهم إذا ظهر عبدا علم أن شهادته لم تكن شهادة بل كانت قلظا في ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لأن العبد لا شهادة له ، فإن كان الحد جلدا فقد قلظ حيا فيحد ، وإن كان رجما قلظ حيا ثم مات فلا يحد ، بخلاف ما نحن فيه فلما كانت شهادة في ذلك الوقت ، وبالرجوع انقلبت قلظا بعد الموت فكان

(قوله ولقال أن يقول : القضاء لو كان قائما في زعمهم وجب الحد) أقول : فيه ثلث إلا أن يكون وجب معنى سقط .

(فإن لم يجد المشهود عليه حتى يرجع واحد منهم حلوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد : حد الرابع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا يتفسخ إلا في حق الرابع ، كما إذا رجع بعد الإمضاء . ولما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه . ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حلوا جميعا . وقال زفر : يجد الرابع خاصة لأنه لا يصدق على غيره . ولنا أن كلامهم قلّف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ، فإذا لم يتصل به بقي قلّفا فيحلون (فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه) لأنه بقي من يثبت بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة (فإن رجع آخر حداً وغرما ربع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الإمضاء بعد القضاء فقال (فإن لم يجد المشهود عليه بالزنا حتى يرجع واحد منهم) أي بعد القضاء قبل الإمضاء (حلوا جميعا . وقال محمد) وزفر (يجد الرابع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق إلى وقوعها قلّفا . فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولما أن الإمضاء أي استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الإمضاء من القضاء بخلاف الله تعالى في مسألة التقادم فكان رجوعه قبل الإمضاء كرجوعه قبل القضاء ، وتظهر ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعتضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط إحصان المثلوف أو عزل القاضي يمنع استيفاء حد القذف وغيره . ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حلوا جميعا) وهو قول الأئمة الثلاثة (وقال زفر : يجد الرابع خاصة) لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فثبت شهادتهم على ما هي عليه لا تتقارب قلّفا (ولنا أن كلامهم قلّف في الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لأن رجوعهم منع من ذلك فثبت قلّفا فيحلون . والأول أن يقال كلامهم قلّف في الأصل ، وإنما يصير شهادة مادام بصفة إيجابه القضاء على القاضي وبالرجوع اتنى فكان قلّفا ، وهذا لأن كونه لا يخرج عن القلّف إلى الشهادة إلا باتصاله بحقيقة القضاء بما يمنع . إذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الأداء بعد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة إياه إلى الزنا قولاً ، فكذلك إذا رجع أحدهم بعد ثلاثتهم بقولهم زنى (قوله فإن كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أي بعد الرجوع (لا شيء عليه) أي لا حد ولا غرامة (لأنه بقي) بعد رجوعه (من يثبت بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة) وهو قول الأئمة الأربعة سوى قول للشافعي رحمه الله غير الأصح عندهم (وإن رجع آخر) مع الأول (حد كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعي تفصيل ، وهو أنهم إن قالوا أحطنا وجب عليهما قسطهما من الدية . وفيه وجهان : في وجه خسبها ، وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالوا تملنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعني من أن الشهادة تنقلب قلّفا للحال فعليهما الحد

قاذفا للميت فيحد . وقوله (فإن لم يجد المشهود عليه) ظاهر . وقوله (ولنا أن كلامهم قلّف في الأصل) يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك إذا صار شهادة (وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ، فإذا لم يتصل به بقي قلّفا) وهذا يناقض ما تقدم لأنه قال هناك : إن الشهادة إنما تنقلب قلّفا بالرجوع وههنا قال : إنما قلّف ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء بها . ويمكن أن يجاب عنه بأنه لا منافاة بينهما لأنه قلّف في الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود إلى ما كان بالرجوع ، وعلى هذا لا يرد قول من يقول : إن فيما قال أصحابنا مؤاخلة من لم يرجع بذنب من رجوع ، وقد قال تعالى - ولا تزر وازرة وزر أخرى - لأن الكل قلقة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة . فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا يذنب غيره . وقوله (وإن كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعني بعد الرجوع لأن وضع المسئلة في ذلك . وقوله (فلما ذكرنا) إشارة إلى ما قال من قبل . ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قلّفا بالرجوع

وأما الغرامة فلأنه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجوع على ماعرف (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على الزكينة عند أبي حنيفة) معناه إذا رجعوا عن الزنكية (وقالوا هو على بيت المال) وقيل لهذا إذا قالوا تعمدنا الزنكية مع علمنا بجناهم . فلما أنهم

يعنى عند رجوع الثانى تنفسح شهادتهما قلغا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثانى ، لا أن رجوع الثانى هو الموجب للحد (وأما الغرامة فلأنه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقى قدر لزوم الغرامة) بقاء من بقي لا رجوع من رجوع على ماعرف (قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا) أى بأن قال الزكون هم أخرار مسلمون عدول ، أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على الزكينة بالاتفاق إذا ظهروا عبيدا ، فإذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا أو عبدا فلما أن يستمر الزكون على تركيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ، ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين ، وإنما طرأ كفرهم بعد ، وإن قالوا أخطأنا في ذلك فكذا لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التى فيها الخلاف إلا أن يقولوا تعمدنا فقاتلناهم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ، فى هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله : الدية على الزكينة ، وقال أبو يوسف ومحمد : على بيت المال ، وهو قول الأئمة الثلاثة . إذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا الزنكية مع علمنا بجناهم ليس على ما يبنى بعد قوله إذا رجعوا عن الزنكية لأنه يوم أن فى صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو بأعم منه وليس كذلك (فلما أنهم) لوضمنا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر . وكذا التسبب لأن سبب الإتيان الزنا وهم لم يثبتوه

ومعناه يحدان جميعا ، لأنه لما رجع الثانى لم يبق من الشهود من تم به الحجة ، وقد انفسخت الشهادة فى حقهما بالرجوع فيحدان . فإن قيل : الأول منهما حين رجع لم يجب عليه حد وضمان ، فلو لزمه ذلك لكان لزومه بـرجوع الثانى ورجوع غيره لا يكون ملزما إياه بالحد . أجيب بأن الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة ، فإذا زال المانع بـرجوع الثانى وجب الحد على الأول بالسبب المقرر لا بزوال المانع ، ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد . منهم لأن فى حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء بـرجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة ، وهذا بعيد . قال (وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) الزنكية من زكى نفسه إذا ملحها ، وزنكية الشهود الوصف بكونهم أزكيا ، وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على الزكينة عند أبي حنيفة) معناه إذا رجعوا عن الزنكية ، وقال أبو يوسف ومحمد : (هو) أى الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن الزنكية محتملا أن يكون الرجوع بأن يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وأن يكون بأن يقولوا تعمدنا الزنكية مع علمنا بجناهم وهو محل النزاع . قال (وقيل هذا إذا قالوا) يعنى لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق ، قالوا : الزكون ما أثبتوا سبب الإتيان لأنه هو الزنا وما تعرضوا له ، وإنما أثبتوا على الشهود خيرا فكان إذا أثبتوا على المشهود عليه خيرا فكانوا فى المعنى كشهود الإحصان ، إذ أن أولئك أثبتوا خصالا حميدة فى الزانى وهؤلاء أثبتوا

أثنا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا بإحصائه . وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتركية ، فكانت التركية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط . ولا فرق بين ما إذا شهدوا بالقصة الشهادة أو أخبروا . وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام ، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لأن العبد قد يكون عدلا ، ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة ، ولا يحلحد القذف لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

وإنما (أثنا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنا على المشهود عليه بالإحصان) فكما لا يضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه به إذا ظهر غير محصن لأنهم لم يشهدوا السبب كذلك لا يضمن المذكون (ولأن حنيفة أن الشهادة بالزنا) إنما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتركية ، فكانت التركية في معنى علة العلة) للإتلاف لأنها موجبة موجبة الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها على ماعرف ، بخلاف الإحصان فإنه ليس موجبا للعقوبة ولا لتخليطها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها غليظة لأنه كفران نعمة الله فلم تضاف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة . والسبب ونصب الكفران في موضع الشكر ، ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التركية لفظ الشهادة بأن قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم أحرار . وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ، ثم لا يشترط العدد في المذكى عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا ل محمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق الأربعة في الزنا ، ويموز شهادة رجل وامرأتين في الإحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حيا لمات ولا يورث استحقاق حد القذف . واعلم أنه وقع في المنظومة قوله :

على المذكين ضمان من رجم إن ظهر الشاهد عبيدا وعلم
وأوجبنا ضمان هـلـا المثلث من بيت مال المسلمين فاعرف
وفي المذكين إذا هم رجموا كذا وقالوا عزروا وأوجروا

وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع : وعلى هذا الخلاف إذا رجع المذكون . قال في المصنف شرح المنظومة : فهنا إشكال هائل ، فإننا إن أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم نؤلفها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ، ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكر هنا ، وفي الشرح خلافا ثم قال : ويحتمل أن يؤول بالرجوع

خصصا لحميدة في الشاهد ، فكما لا ضمان على أولئك كذلك لا ضمان على هؤلاء . وقوله (وله أن الشهادة) ظاهر . وقوله (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة . وقوله (لأنه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء ، فما وجه قوله لأنه لم يقع كلامهم شهادة ؟ والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه يبين صابر كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصير شهادة . فإن قيل : فلم لا يحد الشهود ؟ قلت : لأنهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه ، وإليه الإشارة في الكتاب . لا يقال : لم لم يجعل قذفا للميت لطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة . لأننا نقول : علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد . فإن قيل : لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع ؟

(قوله لما تقدم أن كلام كل منهم) أقول : في رأس الصنيعة .

(وإذا شهد أربعة على رجل فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعل القاتل الدية) وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة ، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم . ويجب الدية في ماله لأنه عمد ، والعراقل لاتعمل العمد . ويجب ذلك في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل (وإن رجم ثم وجلوا عبيدا فالدية على بيت المال) لأنه امتثل أمر الإمام فقتل فعله

ولا يلزم التكرار ، لأن المسئلة الأولى فيما إذا ظهر الشهود عبيدا ورجع الزكون أيضا . والمسئلة الثانية يعنى التى فى البيت الثالث فيما إذا رجع الزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه . وعلى هذا فالخلاف في موضعين : ما إذا ظهر عبيدا ورجعوا ، وما إذا رجعوا فقط ، وأما تزييرهم فباتفاق . وقول صاحب الجمع : ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على الزكين إن تعمدوا . وقالوا : في بيت المال . ولو رجع الزكون عزر ، وإلا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم ، بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير ، فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه . وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقيق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمنين الخلفاء بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر ، وينفرد رجوع الزكين بالتضمنين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال ، وبه يزول الإشكال عنه ، غير أن من المعجب كون مجرد رجوع الزكين موجبا للضمان على الخلفاء ، ولا يذكر في الأصول كالجائع والأصل (قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ) استوفى أقسامها في كافى حافظ الدين قتال : إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عبدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلة . وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم ، وإن قضى برجمه فقتله رجل عبدا أو خطأ لأشياء عليه ، وإن قتله عبدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محبوسين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفسا محبوسا بالدم عدا ، لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصح مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به ، إذ المأمور به الرجم وهو قد حرر رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا إليه في مقصورا عليه . وفي الاستحسان : يجب الدية بأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر ، وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الإباحة ، وهذا لأنه لو نفذ ظاهرا وابطنا تثبت حقيقة الإباحة ، فإذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الإباحة ، بخلاف ماله قتل قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة : يعنى فيقتص منه في العمد فصار كن قتل إنسانا على ظن أنه حربى وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لأنه عمد ، والمقالة لاتعمل العمد ويجب في ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ، وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية ، بخلاف ماوجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبهه الثمن وما في الكتاب لا ينفى بعد ذلك . وقوله (وإن رجم) ضبطه

فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قلعا ، وكلامهم لم يقع شهادة . وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل) يعنى أن القضاء وجد بصورة قضاء القاضي تكفى لإبراث الشبهة ، لأنه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم ، فصورته تكون شبهة كالكحاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحد ، ولهذا لا يجب القصاص على الولي إذا جاء المجهود بقتله حيا . وقوله (وإن رجم) على بناء الفاعل : أى الرجل الذى ضرب عنقه لم يضربه وإنما رجمه (ثم وجلوا) أى الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فقتل فعله)

إليه : ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هنا ، بخلاف ما إذا ضرب عتقه لأنه لم يأتجر أمره (وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعددا النظر قبلت شهادتهم) لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطيب والقابلة (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجع) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ، ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله

الأساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله فغضب رجل عتقه ، ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط هيمس الأثمة حيث قال فيه : وإن كان هذا الرجل قتله رجسا ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال (لما ذكرنا) يعنى في مسئلة الجلاذ إذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاذ إلى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالم (كذا هذا) أى الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضى (بخلاف ما إذا ضرب عتقه) ثم ظهوروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا (لأنه لم يأتجر أمره) فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرناه آنفا ، ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لأنه لم يخالف (قوله وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أى إلى فرجيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعى في المنصوص ومالك وأحمد لأنه لضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة ، والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والحافضة واختان والعليب . وعد في الخلاصة موضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العدة والرد بالعليب ، والمرأة في حق المرأة أولى ، وإن لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة ، بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل إجماعا . ونسب إلى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم إلا إذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا ، قلنا : إن النظر يباح للحاجة على ما قلنا (قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجع) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أى شرائط الإحصان (لأن الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أى يستلزم ذلك (ولذا لو طلقها) طلاقا (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة ، والفرض أنهما مقران بالولد ، ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الإحصان ، فإذا ثبت بشهادة الشرع وبإقرارهما أولى ، وعلى كون المعنى ما ذكره المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الإحصان بدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا ، فما عن الأثمة الشافعى ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك

أى فعل الراجم (إلى الإمام ، ولو باشره) الإمام (بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاذ ينتقل إلى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالم (كذا هذا) بخلاف ما إذا ضرب عتقه لأنه لم يأتجر أمره (لأنه أمره بالرجم دون حزم الرقية فلم ينتقل فعله إليه . قوله وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى موضع الزنا من الزانين) قبلت شهادتهم (لما ذكر في الكتاب وهو واضح . وفى الجامع الصغير لشمس الأثمة : قال بعض العلماء : لا تقبل شهادتهم لإقرارهم بالنسب على أنفسهم ، فإن النظر إلى عورة الغير قصدا فسق ، وإنما تقبل شهادتهم إذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ، ولكننا نقول : النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا ، فإن اختان ونظر والقابلة تنتظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة ، وبالشهود حاجة إلى ذلك لأنهم مالم يروا كالرشاش في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهروا . وقوله (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر . وقوله (والإحصان يثبت بمثله) أى يمثل هذا الدليل الذى فيه شبهة ، ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا ، فكذلك ههنا يثبت الدخول الذى هو من شروط الإحصان بالحكم بثبوت النسب .

(فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي ؛ فالشافعي مر على أصله أن شهادتين غير مقبولة في غير الأموال ، وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجنابة تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء . فصار كما إذا شهد ذميان على ذى زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا . ولنا أن الإحصان عبارة عن الحاصل الحميدة ، وإنها مأمنة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة ؛

لاحتيال كونه من دخول لاعلى وجه الصحة ليس بخلاف ، لأن يفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة الغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لأن النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مولدا على وجه الديمة والاستقرار كما يفيد قوله وله امرأة (قوله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الإحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ، إلا أن المبنى مختلف ، فعندهم شهادتين في غير الأموال لا تقبل ، وعند زفر إن قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط في معنى العلة ، والشأن إثبات أنه في معنى العلة ونفيه لأنه المدار فقال لأن تغليظ العقوبة يثبت عنده ، بخلاف الشرط المحض (فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذى زنى عبده المسلم) وهو محصن (أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل اللمعة على الذى بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذ كان المقصود تكميل العقوبة ، ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذ كان علامة محضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الإحصان) ليس إلا (عبارة عن تحصن حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها يفرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالتكاح الصحيح والدخول فيه ، فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فإن سببها المعصية ، والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لأنه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه ، فالسبب ليس إلا الزنا إلا أنه مختلف الحكم في حال الإحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد ، فكان الإحصان السابق على الزنا مرفعا لخصوص الحكم ، الثابت بالزنا أعنى خصوص العقوبة ، والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم إليها وظاهر أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة ، وبالشهادة يظهر ماثبت بالزنا عند الحاكم ، فلما

وقوله (خلافا لزفر والشافعي ، فالشافعي مر على أصله ، وزفر يجعل الإحصان شرطا في معنى العلة لأن الجنابة تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة) ويرتب على ذلك أمران : أحدهما ما ذكره في الكتاب بأن شهادة النساء لا تقبل فيه . والثاني أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سبق ، لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق . وقوله (فصار كما إذا شهد ذميان على ذى الخ) يعنى أن الزانى لو كان مملوكا لذى وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذى أعتقه قبل الزنا يبرجم مع أن شهادة أهل اللمعة على الذى بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل اللمعة فهذا مثله . وقوله (لما ذكرنا) يعنى أن الإحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الإحصان عبارة عن الحاصل الحميدة) بعضها ليس من صنع المرأة كالحرية والعقل ، وبعضها يفرض عليه كالإسلام ، وبعضها مندوب إليه كالتكاح الصحيح والدخول بالمتكوحة (والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذى يوجب الحد فيكون الكل مزججة ، وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة (وصار كما إذا شهدوا به) أى بالنكاح (في غير هذه الحالة) يعنى

بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما ، وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فإن رجح شهود الإحصان لا يضمنون) عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم .

لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل في إثباته شهادة النساء ، كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والنحول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت إحصانه ، ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجح كذا إذا شهدتا بعد ظهور الزنا به ، فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده ، وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ، ولا يضاف العتق إلى الشهادة بالدين بل إلى المعلق ، كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالإحصان إلى هذه الشهادة بل إلى الزنا (بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادة اللذين) على الذي بشهادتهما عليه بالإعتاق (وإنما لا يعتق بسبق التاريخ لأنه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما عليه لأنه تتغافل العقوبة عليه فتصير مائة بعد أن كانت خمسين . واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بأنه لو أقر بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بيعة الإحصان حسبة بلا دعوى ، فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالزكية عند أبي حنيفة . أجب بأن صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد ، بخلاف الإقرار بالدين فإن المقر له يكذب به في رجوعه ، وإنما صحت الحسبة فيه لأنه من إظهاره حتى الله تعالى ، والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لأصل العقوبة ، فحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الأمة تسمع بلا دعوى عند أبي حنيفة لتضمنه تحريم القرح .

[فروع من المبسوط] شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان ، فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الإحصان فيرجم . وعند محمد لا يثبت فلا يرجم ، كما لو شهد أنه أقر بها أو أنها فعلت ليس بصريح . وهذا لأن النحول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الإحصان بالشك . ولهما أن النحول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء ، قال الله تعالى - من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - فلا إجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع . ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا دينه إجماعا . وحلوا للذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا يحدون لأن رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ، ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بالزنا حد القذف لأن كل فريق يقول إنه عفيف قتل ظلما وأنهم قلقة بغير حق . ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة بعد حد عند محمد لأن البيعة وقعت معتبرة فلا تبطل إلا بإقرار معتبر والإقرار مرة هنا كالعديم . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد ، وهو

لو شهد رجل وامرأتان أن فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذاك ههنا (بخلاف ما ذكر) يعني زفر من شهادة اللذين على ذى أنه أعنت عبده قبل الزنا (لأن العتق) هناك (يثبت) أيضا (بشهادتهما) وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه (تاريخ) ينكره المسلم أو يتضرر به (من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه ، وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل النمة . فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم . وقوله (فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون) أحد الأمرين المرتبين على الأصل الذي ذكرناه من قبل ، والله أعلم .

(باب حد الشرب)

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاعوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد ،
الأصح لأن شرط قبول البينة إنكار الخصم وهو مقر ولا حكم لإقراره فبطل الحد ، ولأن الإقرار وإن فسد حكما
فصورته قائمة فيورث شبهة .

(باب حد الشرب)

قدم حد الزنا عليه لأن سببه أعظم جرما ولذا كان حده أشد ، وأخر عنه حد الشرب لثبوت سببه ، بخلاف
حد القذف لأن سببه هو القذف قد يكون صدقا . وأخر حد السرقة وإن كان أشد لأن شرعيته لصيانة أموال
الناس ، وصيانة الأنساب والعقل أكده من صيانة المال . بئى أنه أخره عن حد القذف لأن المال دون العرض
فإنه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله ومن شرب الخمر فأخذ) أى إلى الحاكم (وريحها موجودة) وهو
غير سكران منها ويعرف كونه يحد إذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أى جاعوا به إليه وهو سكران
من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أى بالشرب في الأول وهو عدم السكر منها . وفي الثاني وهو
السكر من غيرها (فإنه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند
الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به والشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكه
ويخبره بأن ريحها موجود ، وأما إذا جاعوا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولوا أخذناه
وريحها موجود لأن يعيشهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر

(باب حد الشرب)

إنما أخر حد الشرب عن حد الزنا لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فإنه بمنزلة قتل النفس ، فإن
الله تعالى قرن ذكره بعبادة الأصنام وقتل النفس حيث قال تعالى - والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون
النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون - ولعلنا لم نجل في دين من الأديان وأخر حد القذف عن حد الشرب لما
أن جريمة الشرب متيقن بها ، بخلاف جريمة القذف فإن القذف خبر محتمل بين الصديق والكذب ، ولهذا كان
ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا في نسبه إلى
الزنا فلا يكون قلفا (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاعوا به سكران فشهد الشهود عليه) أى على
الشارب (بذلك) أى بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى - عوان بين ذلك - (أو شهدوا على شرب
الخمر مع يعيشهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضي أن لا تشتط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من
الخمر ، ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة

(باب حد الشرب)

(قال المصنف : ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أقول : حين الأعد ولا تمس الحاجة إلى وجوده عند المصنف إلى مجلس
القاضي كما يستعمل عن قريب (قال المصنف : أوجعوا به سكران) أقول : الباء تصحية (قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول :
ومجيئ نظيره في أوائل باب حد القذف .

وذلك إذا أقرّ وريحها موجودة) لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه » ، فإن عاد فاجلدوه » (وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يحمد) وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يحمد ، فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ،

ذلك للحاكم خصوصا بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فإن ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ، ولكن المراد هذا لأن الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة ، فالمراد بالثاني أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (إذا أقرّ وريحها موجود لأن جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والإقرار (ولم يتقدم العهد . والأصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » ثم إن شرب فاجلدوه ») إلى أن قال « فإن عاد الرابعة فاقتلوه » أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي من حديث معاوية . وروى من حديث أبي هريرة « فإذا سكر فاجلدوه » ثم إن سكر » الخ . قال الترمذي : سمعت محمد بن إسماعيل يقول : حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وصححه الذهبي . ورواه الحاكم في المستدرک وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل . أخرجه النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن إسماعيل عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا « من شرب الخمر فاجلدوه » الخ ، قال « ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله » وزاد في لفظه وقرأ المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع » ورواه البزار في مسنده عن ابن إسحق به « وأنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فأمر به فغرب ، فلما كان في الرابعة أمر به فجلده الحد ، فكان نسخا » وروى أبو داود في سننه قال : حدثنا أحمد بن عبد الله الضبي ، حدثنا سفيان . قال الزهري : أبانا قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من شرب الخمر فاجلدوه » ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه ، فأتى برجل قد شرب فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ورفع القتل وكانت رخصة » وقال سفيان : حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر وغول بن راشد فقال لهما : كونا وافدى أهل العراق بهذا الحديث اه . وقبيصة في صحبته خلاف . وإثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبت به المصنف في كتاب الأشربة من قوله عليه الصلاة والسلام ولا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » الحديث ، فإنه موقوف على ثبوت التاريخ . نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادي : أي تعاضا في القتل فراجع الثاني له فيلزم الحكم بنسخه فإن هذا لازم في كل ترجيح عند المعارض (قوله وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يحمد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يحمد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يحمد ، فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق

وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار (والأصل فيه) أي في وجوب الحد (قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » ، فإن عاد فاجلدوه ») قيل تمام الحديث « فإن عاد فاقتلوه » وهو مترك العمل به فليكن الباقي كذلك . وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام ولا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » وليس شرب الخمر منها ، فبقى الباقي معمولا به لعدم المعارض . وقوله (فإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها) واضح .

غير أنه مقدّر بالزمان عنده اعتبارا بجد الزنا. وهذا لأن التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره ، كما قيل :

يقولون لي إنك شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا
وعندها يقدّر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود : فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه .

غير أنه (أى هذا التقادم) مقدّر بالزمان عند محمد اعتبارا بجد الزنا (أنه ستة أشهر أو موقوف على رأى القاضى أو بشهر وهو المختار) وهذا لأن التأخير يتحقق بمضى الزمان بلا شك (بخلاف الرائحة لأنها قد تكون من غيره كما قيل :

يقولون لي إنك شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)
وانكه بوزن منع ، ونكه من بابه ؛ أى أظهر رائحة فيه . وقال الآخر :

سفرجلة تحكى ثلثى النواهد لها عرف ذى فسق وصفره زاهد

فظهر أن رائحة الخمر مما تلبس بغيرها فلا يناط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها ، ولو سلمنا أنها لا تلبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتبديد العمل بالبيئة بوجودها . لأن المقول تبيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيرا يعد تغريضا ، وذلك متفق فى تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة . أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود ، وهو ماروى عبد الرزاق : حدثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التميمي الجاهلي عن أبي ماجة الحنفي ، قال : جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود ، فقال عبد الله : ترتوه ومزموه واستنكوه ، ففعلوا فرفضه إلى السجن ، ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدفعت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال للجلاد : اجلد وأربع يديك وأعط كل عضو حقه . ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه إسماعيل بن راهوية : أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجاهلي به . ودفع بأن عمل الزنا كون الشهادة لا يعمل بها إلا مع قيام الرائحة . والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أداها بل ولا إقرار ، وإنما فيه أنه حله بظهور الرائحة بالثبوت والمزمة . والمزمة التحريك بفتح والثرمة والثلثة التحريك ، وهما بتأخير مئتين من فوق . قال ذو الرمة يصف بعيرا :

بعيد مسافت الخطو غوج شهردل تقطع أنفاس المهاري ثلاثله

أى حركاته . والمساف جمع مسافة . والفوج بالعين المعجمة الواسع الصنبر . ومعنى تقطيع ثلاثله أنفاس المهاري : أنه إذا بارأها فى السير أظهر فى أنفاسها الضيق والتأنيب لما يجهدا ، وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من

وقوله غير أنه مقدّر بالزمان عنده) أى عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بجد الزنا) وقوله (وهذا) يعنى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لأن التأخير يتحقق بمضى الزمان) فلا بد من تقدير زمان ، وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم فى موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلأنها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل :

يقولون لي إنك قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وهذه الرواية وهى رواية الطبري بكلمة قد ، وقد روى بلونها وهى رواية الفقهاء ، فعلى الأولى تسقط همة الوصل من إنكه فى اللفظ ، وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر (وعندهما يقتصر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه)

ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعلل اعتباره ، والتمييز بين الروائع يمكن للمستدل ، وإنما تشبه على الجهال . وأما الإقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على مامر تقريره . وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

المدة التي كانت نضيت وكان ذلك مذهبه . ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود « أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل : ما هكذا أنزل ، فقال عبد الله : والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت ، فيينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر ، فقال : أشرب الخمر وتكذب بالكتاب ، فضر به الحد . وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلاً وجد منه ريح الخمر ، وفي لفظ ربيع شراب . والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والإقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ، ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعي : ورواية عن أحمد ، والأصح عن الشافعي وأكر أهل العلم نفيه . وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزّر من وجد منه الرائحة ، ويرجع لأنه أصح ، وإن قال ابن المنلو ثبت عن عمر أنه بجلد من وجد منه ريح الخمر حداً تاماً ، وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى ، وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقراً أن يردّ أو يلدأ ما استطاع فكيف يأمر ابن مسعود بالرمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده ، فإن صح فتأويله أنه كان رجلاً مولماً بالشراب مدمناً عليه فاستجاز ذلك فيه . وأما قوله (ولأن قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعلل اعتبار القرب) ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله (والتمييز بين الروائع يمكن للمستدل ، وإنما تشبه على الجهال) فليس بمفيد لأن كونها دليلاً على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليزم من انتفاؤها ثبوت البعد والتقدم ، لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع ، فقوله بعده وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الإقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا) لا يبطل الإقرار بالتقدم اتفاقاً (على مامر تقريره) من أن البطلان للهمة والإنسان لا يهتم على نفسه (وعندهما لا يقام الحد) على المقر بالشراب (إلا) إذا أقر (عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) بمعنى أنه لم يقل بالحد إلا إذا كان مع الرائحة فيبقى

(ولأن) المعبر في ذلك القرب و (قيام الأثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على القرب) وقوله (وإنما يصار إلى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان : أي وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الأثر . وقوله (والتمييز بين الروائع يمكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة إلى الإثبات بالبينة (وأما الإقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على مامر تقريره) أن الإنسان لا يكون منهما بالنسبة إلى نفسه (وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) يعني قوله « فإن وجدته رائحة الخمر فاجلدوه » وفيه نظر لأن الإجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ، ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو

(قوله ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود) أقول : شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل من غيره خلاصه فعل مح

(وإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن يتبها
به حد في قولهم جميعا) لأن هذا علر كعبد المسافة في حد الزنا والشاهد لايتهم في مثله (ومن سكر من النبيذ حد)

انتفاؤه في غيرها بالأصل لا مضافا إلى لفظ الشرط ، وأما إضافة ثبوته إلى الإجماع بعد قوله والأصل فيه قوله عليه
الصلاة والسلام الخ ففيل لأنه من الأحاد . وبمثله لا يثبت الحد والإجماع قطعي . ولا ينبغي أن هذا مذهب الكرخي ،
فأما قول الإحصاء وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالأحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجع ، فإن كان
المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله إياه أولا الأصل . وإن لم يره أشكل نسبة الإثبات إلى الإجماع ،
وأنت علمت أنه إنما أئزم قيامه عند الحد بلا إقرار ولا بيته كما هو ظاهر ما قسمناه ، فإن ادعى أن ذلك كان مع
إقراره فليبين في الرواية . وفي نوادر ابن سبعة عن محمد قال : هذا أعظم عندى من القول أن يبطل الحد بالإقرار
وأنا أقم عليه الحد وإن جاء بعد أربعين عاما (قوله فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران) من غيرها
وربح ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به إلى مصر فيه الإمام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك : أى الريح) قبل
أن يتبها (به) إليه (حد في قولهم جميعا) لأن التأخير إلى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلايتهم في هذا التأخير ، والأصل
أن قوما شهدوا عند عثمان على عقبه بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله إلى المدينة فأقام عليه الحد (قوله ومن
سكر من النبيذ حد) فالحد إنما يتعلق في غير الخمر من الأبنية بالسكر . وفي الخمر بشرب قطرة واحدة . وعند
الأئمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » رواه مسلم .
فهذان مطلوبان . ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماح . أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة

قيام الرائحة أجمع عليه الباقون . وأيضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير . وجواب
الإمام فخر الإسلام بأن العلم عند الغم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء الجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولا ،
وأیضا ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » وقال ههنا إنه ثابت
بإجماع الصحابة وهما متافيان ، وأيضا اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر
فاجلدوه » وقوله (وريحها توجد منه) ظاهر . قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر ،
وما يتخذ من الزبيب شيثان : تقيع ونبيذ . فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياما حتى يخرج حلاوته إلى الماء ثم
يطبخ أذى طبخ ، فإدام حلوا يحل شربه ، وإذا خلا واشتد وقلف بالزبد يحرم . وأما النبيذ فهو الذى من ماء الزبيب
إذا طبخ أذى طبخ يحل شربه مادام حلوا فإذا خلا واشتد وقلف بالزبد يحل قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر
يحل شربه ما دون السكر . وعند محمد والشافعي لا يحل شربه . وما يتخذ من التمر ثلاثة : السكر والنقيع والنيذ .
فالنيذ هو ماء التمر إذا طبخ أذى طبخ يحل شربه في قولهم ما دام حلوا ، وإذا خلا واشتد وقلف بالزبد عند
أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوى والتقوى إلا القدرح المسكر . وقال محمد والشافعي : لا يحل . واختلافنا في وجوب
الحد ، وسيمضي بياناه في الأشربة .

الإجماع ، ويقرب منه ما ذكرنا في باب الشهادة حل الشهادة في وجه الاستدلال بما روى عن علي رضي الله عنه حل كفاية الاثنين في الشهادة
حل شهادة رجلين متعاقرا فيه (قوله وأيضا ذكر في أول الباب ذكر في أول الباب ليس إلا لكونه سند الإجماع الذى
يثبت به الحد ، لا لكونه ما يثبت به الحد ابتداء . فإنه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجر إيجاب الحد به ، وقوله والأصل فيه لا يبعد
أن يكون منها حل ما ذكرنا فليتب (قوله وأيضا اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه »)
أقول : وجوابه أنه خص منه الشرط اضطرابا وإكراها فصكنت فيه الشبهة فلا يصح إيجاب الله به ، كلما في الكفاي ، ويجوز أن يقال أيضا :
لما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال والله بالقياس .

لما روى أن عمر أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ . وسنين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى

لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك . فمن الأول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر : « نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنتطة والشعير » . وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق « وكل خمر حرام » وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث . وكيف له بذلك وقد روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنب » وفي الصحيحين من حديث أنس : كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما شربهم إلا الفضيخ البسر والتمر . وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه : الخمر ما خامر العقل . وإذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الأشربة بنص القرآن وجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لأنه مسمى الخمر ، لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بخلف أداته فكل مسكر خمر ، كزبد أسد : أي في حكمه . وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين التحاكم بها بجواز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان إذا كان فلان نافذا لكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي الحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يرد إلا بالحكم ، ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة ، فلا يلزم من هذه الأحاديث ثبوت الحد بالأشربة التي هي غير الخمر ، بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها ، وكون التشبيه بخلاف الأصل يجب التمسك إليه عند الدليل عليه ، وهو أن الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالنبيذ من ماء العنب إذا اشتد ، وهذا ما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالهم . ولقد يطول الكلام بإيراد ، ويدل على أن الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما : حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء . أخرجه البخاري في الصحيح . ومعلوم أنه إنما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول أنس : وما شربهم يومئذ : أي يوم حرمت إلا الفضيخ البسر والتمر . فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغیرها عليها فهو هو كان على وجه التشبيه . وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام » . وما أسكر الفرق منه قل الكف منه حرام » وفي لفظ للترمذي « فالخمر منه حرام » قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه . وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قاييل ما أسكر كثيره » أخرجه النسائي وابن حبان . قال المنذرى : لأنه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير ، وقد احتج به به الشيخان عن الضحاك بن عثمان . وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص ، وقد احتج بهما الشيخان ، وحديثه فيجوزهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح ، وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القند الأخير لأن صريح هذه الروايات القليل . وما أسند إلى ابن مسعود « كل مسكر حرام » قال : هي الشربة

وأما الكلام في حد السكر ومقدار حده فسيذكر إن شاء الله تعالى .

التي أسكرتك . أخرجه الدارقطني ، ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر ، قال : وإنما هو من قول إبراهيم : يعنى النخعي . وأسند إلى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال : حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره ، ولو عارضه كان المحرم مقاما . وما روى عن ابن عباس من قوله : حرمت الخمر بعينها قليلا وكثيرها والمسكر من كل شراب فإنه لم يسلم . نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس : حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب . وفي لفظ : وما أسكر من كل شراب . قال : وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شيرة فهذا إنما فيه تحريم الشراب المسكر ، وإذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعبر ، ولفظ السكر تصحيف ، ثم لو ثبت ترجيح المنع السابق عليه ، بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل إلا بسامع أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ، ولا يصح بنا فيه منع خصوصا وعموما . أما خصوصا فنعموا أن حرمة الخمر معللة بالإسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر بعينها والسكر الخ » . وفيه ما علمت . ثم قوله بعينها ليس معناه أن علة الحرمة عينها ، بل إن عينها حرمت ، ولذا قال في الحديث « قليلها وكثيرها » والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام . ولو كان كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الأشربة تن نفي تعليلها بالإسكار لأنه لم يذكره إلا لنفي أن حرمتها مقيدة بإسكارها : أي لو كانت العلة الإسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الإسكار أو مظنته من الكثير . لا أن حرمتها ليست معللة أصلا بل هي معللة بأنه رقيق ماذ مطرب يدعو قليله إلى كثيره . وإن كان القلوي مصرأ على منع التعليل أصلا . ونقص رحمه الله هذه العلة بأن الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وإن كان يدعو إلى كثيره . لكن المصنف ذكر في كتاب الأشربة ما يفيد ما ذكرنا ، فإنه قال في جواب إلحاق الشافعي حرمة المثلث العني بالخمير . وإنما يحرم قليله لأنه يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته ، والمثلث لفظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء . ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعابة القليل إلى الكثير في الحرمة ليس إلا حرمة السكر . ففي التحقيق الإسكار هو المحرم بأبلغ الوجوه لأنه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وإتيان المفاصد من القتل وغيره ، كما أشار النص إلى عينيها ، ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لأن الحد لا يثبت بالقياس عندهم ، وهو ما ذكرنا من المنع على العموم ، وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ، ولكن ثبت بالسكر منه بأحاديث منها ما قدمناه من حديث أبي هريرة « فإذا سكر فاجلدوه » الحديث . فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو متف عندهم فوجهه ليس إلا ثبوت الحد بالسكر ، ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لأن حمله على الأعم من الخمر ينافي ثلاثة التقييد بالسكر ، لأن في الخمر يحل بالقليل منها بل يزوم عدم التقييد بغيرها لأنه لا يحد منها حتى يسكر . وإذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر به بالأصل حتى يثبت ما يخرج عنه . ومنها ما روى الدارقطني في سننه : أن أعرابيا شرب من إداوة عمر نبيذا فسكر به فضر به الحد ، فقال الأعرابي : إنما شربته من إداوتك ، فقال عمر : إنما جلدناك على السكر . وهو ضعيف بسعيد بن ذى لموة ضعف وفيه جهالة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال : بلغني أن عمر بن الخطاب سائر رجلا

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ

في سفر وكان صائما . فلما أظفر أهوى إلى قرية لعمر معلقة فيها نبيذ فسكره فسكر فضربه عمر الحد ، فقال : إنما شربته من قربتك . فقال له عمر : إنا جلدنا لسرك . وفيه بلاغ وهو عندى انقطاع . وأخرج الدارقطني عن عمران بن داود^١ عن خالد بن دينار عن أبي إسحاق عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجعله » وعمران بن داود يفتح الواو فيه مقال . وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلا شرب من إداوة على رضى الله عنه بصغين فسكر فضربه الحد . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن عبالد عن الشعبي عن علي بنحوه ، وقال : فضربه ثمانين . وروى ابن أبي شيبة : حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال : في السكر من النبيذ ثمانون . فهذه وإن ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقية إلى الحسن ، مع أن الإجماع على الحد بالكثير فإن الخلاف إنما هو في الحد بالتأويل ، غير أن هذه الأدلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ ، والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ) وشربه طوعا لأن السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكرنا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والمسل يحل شربه عند أبي حنيفة : يعني إذا شرب منها من غير هو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ، ولا يقع طلاقه إذا طلق وهو سكران منها كالنائم ، إلا أن المصنف في كتاب الأشربة قال : وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لا يحد . وقد ذكرنا الوجه من قبل ، قالوا : الأصح أنه يحد ، فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل ، وهذا لأن الفساق يجمعون عليه اجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك ، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا اه . وهو قول محمد ، فقد صرح بأن إطلاق قوله هنا لأن السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ، ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع إلى رأسه وطاق امرأته هل يقع ؟ قالوا : إن كان يعلم حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندري بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن إكراه) فوجود عنها في التي لا يدل على الطوعية ، فلو وجب

وقوله (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني إذا لم يشاهد منه الشرب (لأن الرائحة محتملة) فإن قيل : هذا التعاليم مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الواقع ممكن للمستدل . أجب بأن الاحتمال في نفس الواقع قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز يمكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه . وأقول : والجواب الثاني أحسن لاحتیاله على تفسير المستدل فإنه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ، ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار) على قولهما . ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ

(قوله فإن قيل الخ) أقول : السؤال مع الجواب في النهاية (قوله والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول : وليس الاستقصاء مأمورا به في الحدود ، وأما إذا شيعوا على الشرب فيجوز الاستقصاء صونا للحجة الشرعية على البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا ، وكذا الحال في الإقرار ، وبه حمل الجواب عما أورده الإقناع (قوله وأقول والجواب الثاني أحسن إلى قوله على مذهب محمد)

(١) (عمران بن داود) هكذا هو في بعض النسخ داود بالألف قبل الواو المفروسة ، ومثله في خلاصة أسأله الرجال ، وما وقع في بعض النسخ من تقديم الواو على الألف تحريف فليعلم كتبه مصححه .

وشربه طوعا) لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك : وكذا شرب المكره لا يوجب الحد (ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيل المقصود الانزجار

الحد وجب بلا موجب . وأورد عليه أنه قال من قريب ، والتمييز بين الروائع ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس . قال المورد : وتكلف بعضهم في توجيهه ، يزيد به صاحب النهاية بأن الاحتمال في نفس الروائع قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء . قال : ولقاتل أن يقول إذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فإذا استدلل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ، ونقل أيضا عنه أن التمييز لمن يعاينه ، ونظر فيه بأن من عاين الشرب يبنى على يقين لاعل استدلال وتحمين ، وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لافي صورة العيان اهـ . فبقى الإشكال بحاله . ولا يخفى أن المراد معاناة الشرب والاستدلال لا ينافيه لأن المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز بفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان ، أي عيان الشرب ، ثم لا شك أن كون الشيء احتملا لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما . فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه . بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله أنه قطع الاحتمال حيث ذكر أنه يمكن التمييز بالاستدلال . ولا شك أن المنظر لإليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق اللزوم . أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر ، وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لأن الرائحة محتملة وإن استدلل عليها فإن فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها . وأما في الموضع الأول فلا شك أن في إثبات اشتراط عدم القادح لقبول البيعة والإقرار دأرا كثيرا واسعا ، ولا يمكن إثبات هذا الطريق الكائن للزوم إلا باعتبار إمكان تمييز رائحة الخمر من غيرها . فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال وإن كان ملزوما لشبهة النفي ليمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للزوم ، لأنه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والإقرار معمولين بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلاء رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الخلود . وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال ، فظهر أن كلا صحيح في وضعه فدره الحد في مجرد الرائحة والتي للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة ، إذ لا يمكن التمييز إلا مع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر) تحصيل المقصود الانزجار (وهذا بإجماع الأئمة الأربعة . لأن غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الألم . حتى حكى لي أن بعض المتصايبين استدعوا إنسانا ليضحكوا عليه به أخلط بقليلة لزجة بركيته لا يقلها إلا بكافة ومشقة . فلما غاب على عقاه ادعى القوة والإقدام . فقال له بعض الخاصرين مازح لليس بصحيح ولا فضع هذه الجمرة على ركبتيك ، فأقدم ووضعتها حتى أكلت ما هناك

وشربه طوعا لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذي ذكره من إباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي ، فإنه استدلل على حرمة الأشربة المتخذ من الحبوب كالخبطة والشعير والذرة والعسل وغيرها ، وقال : السكر من هذه الأشربة حرام بالإجماع لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول فن المشروب أولى . كذا ذكره صاحب النهاية ، وليس بصحيح لأن رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لاعل أن البنج حرام ، وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا

أقول : فيه رد على الإقتفاء (قال المصنف : لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) أقول : سيجى من المصنف في كتاب الأشربة أن الأصح أنه يجب فيها بطن من الحبوب والعسل (قوله وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح النج) أقول : الثانية أيضا مخالفا للفرق ، إلا أن يقال مراده بالمباح ما أحسوا على إباحته وليس بالبيد كذلك .

(وحد الخمر والسكر في الحرثمانون سوطا) لإجماع الصحابة رضي الله عنهم

من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفت أو أزالها بعض الحاضرين - الشك مني - فلما أفاق وجد ما به من بجرحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة إلى أن برأت - فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاختلاط وصار يقول : ياليتها كانت في الركبتين . ثم لم يستطع أصلا في حال محبوه أن يفعل مثل ذلك بالأخرى ليستريح من ألها ومنظرها . وإذا كان كذلك فلا يفيد الحد فالدته إلا حال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أى من غيرها (ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد . وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي : أربعون إلا أن الإمام لو رأى أن يجلد ثمانين جاز على الأصح . واستدل المصنف على تعيين الثمانين بإجماع الصحابة . روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال : كنا نؤتي بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمرة أبي بكر وصدا من خلافة عمر فقموا إليه بأيدينا ونعالنا وأردنا حتى كان آخر إمرة عمر ، فجلد أربعين ، حتى إذا عوا أو فسقوا جلد ثمانين . وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالحرث والنعال . ثم جلد أبو بكر أربعين ، فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال : ماترون في جلد الخمر ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : أرى أن نجعله ثمانين كأخف الحدود . قال : فجلد عمر ثمانين . وفي الموطأ أن عمر استشار في الخمر يشر بها الرجل ، فقال له علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه : نرى أن نجعله ثمانين ، فإنه إذا شرب سكر - وإذا سكر هذى - وإذا هذى أقرى ، وعلى المقرئ ثمانون . وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرًا على هذا مرة على هذا . وأخرج الحاكم في المستدرک عن ابن عباس أن الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأيدى والنعال والعصى حتى توفى . فكان أبو بكر يجلد عمر أربعين حتى توفى إلى أن قال : فقال عمر ماذا ترون ؟ فقال علي رضي الله عنه : إذا شرب الخمر . وروى مسلم عن أنس قال « أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضر به بجرديتين نحو الأربعين ، وفعله أبو بكر ، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن ابن عوف : أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر ، فيمكن بجرديتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى وإلا فهي ثمانون . ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل . وقول الراوى بعد ذلك : فلما كان عمر استشار الخ لآبنافى ذلك . فإن حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى إليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . إلا أن قوله وفعله أبو بكر يبعده ، وإلا لزم أن أبأ بكر بجلد ثمانين ، وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين ، بخلاف أبي بكر والله أعلم . وقد أخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه أنه قال : ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فأجد منه في نفسي إلا صاحب الخمر ، فإنه إن مات ودبته لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسته ، والمراد لم يسن فيه عددا معينا . وإلا فلعلم قطعا أنه أمر بضربه . فهذه الأحاديث تفيد أنه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ، ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين ، ثم اتفقوا على ثمانين ، وإنما جاز لم أن يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعيينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب - حتى إذا عوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر

تتأني بينهما (وحد الخمر و) حد (السكر) من غير الخمر (في الجبر ثمانون سوطا لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ،

(يفرق على بدنه كما في حد الزنا على مامر) ثم يجرد في المشهود من الرواية . وعن محمد أنه لا يجرد إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به نص . ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وإن كان عبدا فحدّه أربعون سوطا) لأن الرق منصف على ماعرف (ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع

لأن ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم . وأما ماروى من جلد على أربعين بعد عمر فلم يصح . وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال : شهدت عثمان بن عفان رضى الله عنه وقد أتى بالوليد بن عتبة فشهد عليه حران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيوها . فقال عثمان : إنه لم يتقيها حتى شربها . فقال لعل : أتم عليه الحد . فقال على الحسن : أتم عليه الحد . فقال : ول حارها من تولى قارها ، فقال : على لعبد الله بن جعفر : أتم عليه الحد . فأخذ السوط وجلده وعلى بعد إلى أن بلغ أربعين ، قال : حسبك . جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين ووجد أبو بكر أربعين ووجد عمر ثمانين . وكل ستة . وهذا أحب إلى (قوله يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضى الله عنه للضارب أعط كل ذى عضو حقه : يعنى ما خلا الوجه والرأس والفرج . وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية : وعن محمد أنه لا يجرد إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به نص . وجه المشهور أنا أظهرنا) أى الشرع أظهر (التخفيف مرة) بقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد وإلا قارب المقصود من الانزجار الفوات . وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخنى الضرورة : قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكى مثنوئتا : أى فلا تخفف مرة أخرى . وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر . ولأن السفر قد أثر في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى . وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده أولا من حيث هو وجوده . والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وإن كان عبدا فحدّه أربعون على ماعرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة ، فإذا قلنا إن حد الحر ثمانون قلنا إن حد العبد أربعون . ومن قال حد الحر أربعون قال حد العبد عشرون (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحيتين وهو عصير الرطب إذا اشتد (ثم رجع

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على مامر) فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية . وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به) أى بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعنى من حيث العدد حيث لم يجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفي بحث من وجهين . الأول أنه ليس لأحد من المجمعين التصرف في المقننات الشرعية . والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لأنه روى أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالأكام وبالأبدى وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين ، فالتقدير بعد ذلك ثمانين تغليظ لا تخفيف . والجواب أن قوله إنما أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين ، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا إذ هو الفاعل المختار . وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه . ولما جعله الصحابة معتبرا بمحد المقرين ظهر التخفيف فلم يقدرُوا بشيء وإنما أظهرُوا التخفيف الذى كان ثابتا بترك التنصيص ، وإليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف ، والله ذو لطائفه . وقوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحيتين وهو عصير الرطب

(قوله نص قاطع) أقول : قوله قاطع استرا من قوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه » فإنه غير الواحد (قوله والجواب أن قوله إنما أظهرنا إلى قوله : عن لسان المجتهدين) أقول : الإجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الإجماع على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم يقدرُوا بشيء) أقول : أى من حد أنفسهم (قال المنصف : ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول : والسكر

لم يحدّ لأنه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين) وبثبت (بالإقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة . وسنبينها هناك إن شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لأن فيها شبهة البديلة وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذي يحدّ هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهنا عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو الذي يهلى ويختلط كلامه) لأنه هو السكران في العرف ، وإليه مال أكثر المشايخ .

لم يحدّ لأنه خالص حق الله تعالى (ولا يكذب له في الرجوع عنه فيقبل ، ولا يصح ضم سنه لأن إقراره بالسكر من غير الخمر إما في حال سكره فلا يعتبر لإقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقدم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه) قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين (وقوله (سنبينها هناك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا تعلم في ذلك خلافاً (لأن فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البديلة) لقوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالإجماع لأنهما لو شهدتا مع رجل مع إمكان رجلين فرجل وامرأتان - (وفيه) (تهمة الضلال) لقوله تعالى - أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - في الكشف أن تضلّ : أي لا تهتدي للشهادة ، وفي التيسير : الضلال هنا النسيان . وقوله - فتذكر إحداهما الأخرى - أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذي يحدّ) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ، ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية : ولا الأرض من السماء (وقالوا : هو الذي يهلى ويختلط) وبه قال الأئمة الثلاثة ، ولمالم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف ، والمراد أن يكون غالب كلامه هذياناً ، فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحة في إقراره بالحدود وغير ذلك ، لأن السكران في العرف من اختلط كلامه جدّه بجزله فلا يستقرّ على شيء (وإليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لأن المتعارف إذا كان

إذا اشتدّ وقبل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف وزفر : يثبت بإقراره مرتين في مجلسين اعتباراً لعدد الإقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى) قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حدّ الشرب أيضاً (لأن فيها شبهة البديلة وتهمة الضلال والنسيان) يشير إلى ذلك كله قوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - إلى قوله - أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - وإنما قال شبهة البديلة دون حقيقة البديلة . لأن استشهد النساء في الموضع الذي سبّحت به شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استنساخ الرجال ، بخلاف سائر الأبدال ، ولكن فيه بصورة البديلة من حيث النظم « والسكران الذي يحدّ هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة » هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف . قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو الذي يهلى ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان ، فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران (لأنه السكران في العرف وإليه) أي إلى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال : سألت

بعضين فنعى أنّهم إذا غلا ولم يطبخ ، كذا فره الناطق في الأجناس . وقال في الجسرة : والسكر كل شراب أسكر . وفي ديوان الأدب : السكر بحر التليذ . وقال في الجمل : السكر شراب . وقال في المغرب : السكر عصير العنب إذا اختدّ ، والمراد هنا ما قال الناطق ، كذا في تجلية البيان . وقال : إنما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الأخرى كالكسب حيث يصح رجوعه لأنه الغالب في بطلانهم (قال المصنف وقالوا هو الذي يهلى ، إلى قوله : لأنه هو السكران في العرف) أقول : قوله لأنه الخ تلطّل لقوله هو الذي يهلى .

وله أنه يؤخذ في أسباب الخلود بأقصاها درما للحد . ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء . وما دون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو . والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالإجماع أخذا بالاحتياط

يهذى يسمى سكران وتأيد بقوله على : إذا سكر هذى (ولأني حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الخلود بأقصاها درما) بدليل الإلزام في شهادة الزنا أن يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالأخذ من الحرز التام لأن فيها دون ذلك شبهة الصحو فينتري الحد . وأما في ثبوت الحرمة فاقالا فاحتاط في أمر الحد وفي الحرمة ، وإنما اختاروا الفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الخلود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التي عنها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر ، والحد إنما أنيف في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكرًا لا بالمرتبة الأخيرة منه ، على أن الحالة التي ذكر قلما يصل إليها سكران فيؤدي إلى عدم الحد بالسكر . وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقرعة سورة - قل يا أيها الكافرون - ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أو كان حفظها فيها حفظ منه لامن لم يدر شيئًا أصلا . قال بشر : فقلت لأبي يوسف : كيف أمرت بها من بين السور فرمما يخطئ فيها العاقل الصاحي ؟ قال : لأن الله بين أن الذي عجز عن قراءتها سكران : يعني به ما في الرواية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه : صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فعدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا ، وحضرت الصلاة فقدم وفي فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون ، قال : فأنزل الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون - ولا ينبئ أن يقول على هذا بل ولا يعتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فإنه ليس كل سكران إذا قيل له اقرأ - قل يا أيها الكافرون - يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبذل إلى الكفر ، ولا ينبئ أن يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وإن لم يؤخذ به . نعم لو تعين طريقا لإقامة حكم الله تعالى ، لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا ، وقوله تعالى - لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى - لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرفة عليه . وقوله (وما دون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو) ممنوع ، بل إذا حكم العرف واللغة

أبا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال : أن يستقرأ - قل يا أيها الكافرون - ولا يقدر عليه ، فقلت له : كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحي ؟ قال : لأن تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها . وحكي أن أئمة بلغ اتفاقوا على استقرأ هذه السورة (ولأني حنيفة أن الخلود يؤخذ في أسبابها بأقصاها درما للحد ، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء ، وما دون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو) يعني أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي نقصان شبهة العدم ، والخلود تنلري بالشبهات ، ولهذا واقفهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر أن المجبر فيه هو اختلاط الكلام لأن اعتبار النهاية فيما ينلري بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط ، وهذا معنى قوله (والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالإجماع أخذا بالاحتياط) لأنه لما اعتد حرمة القدح الذي يازم المذهبين واختلاط الكلام عنده تمتع عنه ، فلما امتنع عنه وهو الأدنى في حد السكر كان ممتنعا

(قوله أن يستقرأ) أقول : أي ذو أن يستقرأ (قوله قال لأن تحريم الخمر نزل الخ) أقول : الآية التي نزلت فيه هي قوله تعالى - لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى - وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل في كتب التفسير ، والأظهر أن يقال : لأنه تعالى جعل الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران .

والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لأعتبره (ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في إقراره

بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة صحو : وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران ، وإذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت شبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحو : وعرف مما ذكر أن من استدلل لأبي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقاً الخ غريق في الخلط لأنها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدرکوا الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله . وأما قوله تعالى - حتى تعلموا - الآية فإنما أطلق لم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون ، وليس فيه أن مراتب السكر كلها وكذا ، بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه سكران ، وكون المقدار الذي هو سبب لحد ما هو لا تعرض له بوجه . وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الإجماع في قوله والمعتبر في القذف المسكر ما قاله بالإجماع المذهبي وإلا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما . واعتضده شارح بأنه قلد فيه فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر بخمسه وإن قل ، ولا يعتبر السكر أصلاً . ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاده الناقل أن الشافعي يحسد بالسكر ، بل الحاصل أنه لما قاله يحسد بالسكر عندنا حد السكر مطلقاً عنهما وعن الشافعي ومقتضاه عن الإمام : أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه ، وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم . ويجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحسد بالسكر ، وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشرين حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ، ثم أبطله بأن هذا يتفاوت : أي لا ينضبف فكم من صاحب يتأيل ويزل في مشيته وسكران ثابت وما لا ينضبف لا ينضبف به ، ولأن الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه بمحضرة الصحابة اعتبار بالأقوال لا بالمشي حيث قال إذا سكر هدي الخ قوله ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه) أي بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة ، إلا أنه يضمن المسروق ، وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقه يحسد بعد الصحو ويقطع ، وإنما لا يعتبر إقراره في حقوق الله تعالى لأنه يصح رجوعه عنه . ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء ، وذلك الإقرار من الأشياء والأقوال التي يقولها ، فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه . هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على

عن الأعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة . وقوله (وهذا) أي ظهور الأثر في مشيته (بما يختلف) فإن السكران ربما يتأيل في مشيته والصاحي ربما يزلق أوعثر في مشيته فيرى التأيل منه فلا يكون دليلاً . وقوله (ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه) يعني في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة ، لأن الإقرار بخبر

(قال المصنف : ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه) أقول : قال صاحب النهاية : أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ، ولكن يضمن المسروق ، كما في جامع المتأين . وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام الترمذی ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة لأنه إذا صحت رجوعه بطل إقراره ، ولكن يضمن المسروق ، بخلاف حد القذف والقبض حيث يقام عليه في حال سكره لأنه لا فائدة في التأخير لأنه لا يملك الرجوع لأنها من حقوق العباد فالأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق . ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة في التأخير الخ محل بحث . وفي مراتب التوبة بخلاف حد القذف فإنه يجس حتى يصح ثم يجس حتى ينف منه الضرب ثم يحسد لشكر ذكره في المبسوط اهـ . وفي مراتب التوبة : قيد بالإقرار لأنه لو زنى وسرق في حاله السكر يحسد بعد الصحو ، بخلاف الإقرار كما في النخبة اهـ .

فيحتال لدرته لأنه خالص حتى الله تعالى . بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ، ولو ارتد للسكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر ، والله أعلم .

نفسه مجونا ونهكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندري عنه . بخلاف مالا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية الأمر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل . هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لأنه أدرا للحدود منه لو اعتبر قوله فيه في إيجاب الحد ، وهذا بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيها فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لأنه أدخل الآفة على نفسه ، فإذا أقر بالقذف سكران حيس حتى يصحو فيجحد بالتقزم ثم يحبس حتى يغف عنه الضرب فيجحد للسكر ، وينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الأبهة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الأبهة المباحة ، وإلا فيمجد سكره لا يحد بإقراره بالسكر ، وكلما يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعناق وغيرها لأنها لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد للسكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف . وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر المأزول مع عدم اعتقاده لما يقول ، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك ، وهذا يقتضي أن السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يقبل منطقا كقول أبي حنيفة في حده ، والظاهر أنه كقولهما ، ولذا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنها لم يفسر السكران بغير ما تقدم جنهما . فوجهه أن أبا حنيفة إنما اعتبر عدم الإدراك في السكران احتياطا لدرء الحد ، ولا شك أنه يجب أن يحاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا : إذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير وجوه واحد بمنه على المقي أن يميل إليه ويبنى عليه ، فلو اعتبر في اعتبار عدم رده بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لأنه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرة لمعناه كفر وإلا فلا . فإن قيل : هذا الاعتبار مخالف للشرع فإن الشارع اعتبر تركه قائما حتى مخاطبه في حال سكره مخاطب بأن لا يقربها كذلك وإلا لحاز له قربانها ، وإن لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحي أن لا يقربها إذا سكر ، فالامتنال مطلوب منه حال السكر سواء كان يقبل ترك شيء أم لا كالتأثم وهو منفي كونه مخاطبا حال السكر ، ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا

يحمل الكلب ، فإذا صدر من سكران مهنار زاد احتماله (فيحتال لدرته لأنه خالص حتى الله تعالى . بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد ، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فأنهم قالوا إذا سكر هذى وإذا هذى أفرى ، وحد المتمرين ثمانون . فهذا إجماع منهم على وجوب حد القذف . فإذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره (ولو ارتد للسكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الإحتاق فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وشفاهم غمرا وكان ذلك قبل تحريمها . فأمرهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللامات مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري ، فلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر ، والله أعلم .

(باب حد القذف)

(وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا ،

درك ليس إلا عقوبة ، إذ تزمه الأحكام ولا علم له بما يصدر منه ، فاعتبار دركه زائلا في حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد ، والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه . قلنا : ثبت من الشرع ما يقتضي أنه بعد ما عاقبه بازوم الأحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة ، وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فإنه لم يحكم بكفر القارئ مع إسقاط لفظة « لا » من - قل يا أيها الكافرون - ولا شك أن ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلا ، ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا إلى الأداء ، فعلمنا أن الشارع رحمه في أصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا محصنا إسلامه ، ولولا هذا الحديث لقلنا برده وإن لم يكن له درك ولم نصحيح من الكافر السكران إسلامه ، وما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو أن هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ، ولم يصل إلى أقصى السكر إن كان عن غير قصد إليها كما قرأ على - قل يا أيها الكافرون - فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم ، وإن كان ملوكا لها قاصدا مستحضرا معناها فإنه كافر عند الله تعالى بطريق تكثير المازل ، وإن لم يحكم بكفره في القضاء لأن القاضي لا يدري من حاله إلا أنه سكران تكلم بما هو كافر فلا يحكم بكفره . والله سبحانه أعلم .

(باب حد القذف)

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده . والقذف لغة الرمي بالشئ : وفي الشرع : رمي بالزنا ، وهو من الكبائر بإجماع الأمة ، قال الله تعالى - إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولم عذاب عظيم - وقال عليه الصلاة والسلام « اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل : وما هن يا رسول الله ؟ قال الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » متفق عليه . وعنه عليه الصلاة والسلام « من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيامة ليبخل من أي أبواب الجنة شاء » وذكر منها قذف المحصنات ، وتعلق الحد به بالإجماع مستندين إلى قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا - (والمراد الرمي بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصي غير لا يجب الحد بل التعزير (وفي النص إشارة إليه) أي إلى أن المراد الرمي بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ، ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا ، ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال دفع عار مانسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (وقوله وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بأن قال زنت أو يازاني

(باب حد القذف)

القذف في اللغة الرمي ، وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحا أو دلالة (إذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود ، أو أقر به

(باب حد القذف)

وطالب المقلوف بالحد حله الحاكم ثمانين سوطلا إن كان حراً لقوله تعالى -والذين يرمون المحصنات- إلى أن قال - فاجلدوهم ثمانين جلدة - الآية، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع. وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذا هو مختص بالزنا. ويشترط مطالبة المقلوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقلوف لما تلونا.

(وطالب المقلوف بالحد حله الحاكم ثمانين سوطلا إن كان) القاذف (حراً) وإن كان عبداً حد أربعين سوطلا. شرط الإحصان في المقلوف وهو أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً. وعن داود عدم اشتراط الحرية، وأنه يحد قاذف العبد. وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقلوف بحيث يجمع وإن كان صبياً وهي خلاف المصحح عنه. وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقلف النمية إذا كان لها ولد مسلم، والمحول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه. وقوله (بصریح الزنا) يحرز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يازاني. بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحد. ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لأحد على الثاني لأن كلامه محتمل. ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد، ويحد بقوله زنى فربك ويقول (زنى) ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكروه بخلافه موصولاً، وكلنا إذا قال لبست أبى بزانية أو أبى فإنه لا يحد. وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح. وقال مالك: وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله ابن عمر قال: كان عمر يضرب الحد في التعريض. وعن علي أنه يجازى رجلاً بالتعريض، ولأنه إذا عرف المراد بدلياه من القرينة صار كالصریح. قلنا لم يعتبر الشارع مثله، فإننا رأينا حرم صریح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال - ولكن لاتواعدهن سرا - وقال - ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة النساء - فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجهه يوجب الحد المختلط في درجه. وأما

المقلوف لزمه حد الزنا (وطالب المقلوف بالحد) وعجز القاذف عن إثبات ما فلفه به (حله الحاكم ثمانين سوطلا إن كان حراً لقوله تعالى -والذين يرمون المحصنات- إلى أن قال - فاجلدوهم ثمانين جلدة - الآية، والمراد بقوله -والذين يرمون- الرمي بالزنا بالإجماع) وإليه الإشارة في النص لأنه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا. واعترض بأن التقيد بصریح الزنا غير مفيد لتحقيقه بلونه بأن قال لست لأبيك، وبأن القياس أن لا تجب المطالبة لأن حق الله فيه غالب، والمقلوب في مقابلته كالسبيلك، ولئن وجبت فليست مطالبة المقلوف بلازمة، فإن ابنه إذا طالبه حد. والجواب أنه إذا قلعه بصریح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لأعماله تلك قضية صادقة، وأما إذا قلعه بنى النسب لا يجب فليس بلازم لأن التقيد به لإخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل أن يقول: يازاني فقال آخر صدقت لإخراج ما ذكرتم، وحق العبد وإن كان مغلوباً لكن يصلح اشتراط مطالبة احتياطاً للسر، وابن المقلوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقلوف، ولها لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقلوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

(قوله واعترض بأن التقيد بصریح الزنا غير مفيد لتحقيقه بدونه بأن قال لست لأبيك الخ) أقول: وفي النهاية بعد مقال فلان قلت في هذا وجود من الشبهة وذكر الشبهة الثلاث المذكورة في الشرح. والراي أنه قد يتحقق قذف الرجل المحسن والمرأة المحصنة، ولا يجب حد القذف كما إذا قذف الأخرس المحسن أو المجرب المحسن والرتقاء المحصنة، والزناوية في الملبوس، فدل هذا لا يكون في إطلاقه فائدة. وقال في جوابه: وأما الرابع فإما لا يحد قاذف الأخرس، لأنه لو كان ينطق لربما يصلح القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة، وأما المجرب والرتقاء فلا يحد ليلحقهما اللين والمار يقضها بالزنا لأن الزنا منها لا يتحقق له. فخلاصة الجواب عن الكل أنه لم يجب الحد على ما ذكرتم لمخالص، وتجد عدم المانع غير لازم في الأحكام الكلية كما سبق، فأوائل الوكالة. ثم أقول: في تأمل، ثم لا يخفى أن الأظهر في الأخرس أن يقال: إن فيه شبهة بدلية، فإن إشارته قائمة مقام العبارة، والحدود تنعقد بالشبهات. إلى هذا الأخير في الكافي في أوائل الوكالة (قوله بطريق الكناية) أقول: فإنها تقابل الصريح.

قال (ويُفرق على أعضائه) لما مر في حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه) لأن سببه غير مقطوع فلا يقام على الشدة ، بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع

الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يارسول الله إن امرأتى ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم . لأن الزنا من القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع . وقد أورد أن الحد يثبت بنى النسب وليس صريحا في القذف . ووروده باعتبار المجهوم وهو حجة في الروايات . وأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالتائب بالعبرة . والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيذكر بل حده بالأثر والإجماع فهو وارد لا يندفع . ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون صريح الزنا بين أن يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك ، فلا يحد لو قال لها زينيت بحمار أو بعير أو ثور لأن الزنا لا يدخل رجل ذكره الخ . بخلاف ما لو قال لها زينيت بناق أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زينيت وأخذت البدل إذ تصلح المذكورات للإدخال في فرجها . ولو قال هذا لرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال . ولو قال زينيت وأنت صغيرة أو جامعت فلان جمعا حراما لا يحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة ، إذ الجماع الحرام يكون بترك فاسد ، وكذا لا يحد في قوله بإحرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا ، ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لأنه حاك لقذف غيره ، ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة ، لأن أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به : وسأني خلافة في فروع نذكرها . وأما اشتراط مطالبة المخذوف فإجماع إذا كان حيا ، فإن كان ميتا لمطالبة من يقع القذف في نسبه ثم أن نفيه عن غير المخذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر ، وأورد ينبغي أن لا يشترط المطالبة لأن المذهب فيه حق الله تعالى . فالجواب أن حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وإن كان مغلوبا . ثم يرد على ظاهر العبارة قلب نحو الرقماء والمحبوب فإنه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا ، وكذا الأحرس لا يحد لأن يصدقه لو نطق . وفي الأولين كذب ثابت يبين فائتي إلحاق الشين إلا بنفسه . ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد والشافعي يحد لأنه قذفه على المبالغة ، فإن التاء تراد له كما في علامة ونسابة . ولهما أنه زناه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف محبوبا ، وكذا لو قال أنت على الزنا لا يحد ، وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيت ، ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ، ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لأن الترخيم شائع . (ويُفرق) الضرب (على أعضائه لما مر في حد الزنا) (قوله: ولا يجرد من ثيابه) إلا في قول مالك (لأن سببه) وهو النسبة إلى الزنا كذبا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير أنه عاجز عن البيان ، بخلاف حد الزنا لأن سببه معين للشهود أو للمقر به . والمعلوم لهما هنا نفس القذف ، وإيجابه الحد ليس ببداهة بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم إقامة البينة ، قال تعالى - فلا يؤتا بالشهادة فأنك تكالف - عند الله هم الكاذبون - فالخاصل أنه تعالى منع من النسبة إلى الزنا إلا عند القدرة على الإثبات بالشهادة لأن فائدة النسبة هناك تحصل ، أما عند العجز فلما هو تشجيع ولقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع

(وقوله ويفرق) يعنى الضرب (على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا) وهو قوله لأن الجمع في عضو واحد يفضى إلى التلف (ولا يجرد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به) لاحتمال أن يكون القاذف صادقا في نسبته إلى الزنا وإن كان عاجزا عن إقامة البينة لأنها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل (فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه لأن سببه معين بالبينة أو الإقرار ، وهنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الإقرار يتوقف إقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة إلى الزنا وهو غير متيقن به . وقوله (غير أنه ينزع

عنه الفرو والحشو) لأن ذلك يمنع إحصاء الأثم به (وإن كان القاذف عبداً بجاد أربعين سوطاً لمكان الرق . والإحصان أن يكون المقلوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا) أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى - فلعين نصف ما على المحصنات من العذاب - أي الحرائر ، والعقل والبلوغ لأن العار لا يأتى بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما ، والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » والعفة لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، وكذا القاذف صادق فيه

عنه الفرو والحشو) أي الثوب المحشو لأنه يمنع من وصول الأثم إليه ، ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطاقة غير محشو لا يبرز ، والظاهر أنه إن كان فوق قميص يزرع لأنه يصير مع القميص كالمحشو أو قريباً منه وينع إحصاء الأثم الذي يصلح زانراً قوله والإحصان أن يكون المقلوف حراً الخ) قلنا ذلك ، والكلام هنا في إثبات ذلك . ويثبت الإحصان بإقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافاً لغيره وتقدمت ، فإن أنكر القاذف الإحصان وعجز المقلوف عن البينة لا يحلف ما يعلم أنها محصنة ، وكذا إذا أنكر الحرية ليحد حد الأرقاء القول قوله ، ولا يحد كالأحرار إلا أن يقيم المقلوف بينة أنه حر . ولو كان القاضي يعلم حرته حده ثمانين ، وهذا قضاء يمامه فيها ليس سبباً للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان ، قال تعالى - فلعين نصف ما على المحصنات من العذاب - أي الحرائر) فالرقيق ليس محصناً بهذا المعنى ، وكونه محصناً بمعنى آخر كالإسلام وغيره يوجب كونه محصناً من وجه دون وجه ، وذلك شبهة في إحصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصناً بجميع الفهرمات التي أطلق عليها لفظ الإحصان إلا ما أجمع على عدم اعتباره في تحقق الإحصان وهو كونها زوجة أو كون المقلوف زوجاً ، فإنه جاء بمعناه وهو قوله تعالى - والمحصنات من النساء - أي المترجات ، ولا يعتبر في إحصان القذف بل في إحصان الرجم ، ولا شك أن الإحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا ، وبمعنى الإسلام في قوله تعالى - فإذا أحصن - قال ابن مسعود أسمن ، وهذا يكفي في إثبات اعتبار الإسلام في الإحصان ، والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن » وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا ، قال تعالى - والذين يرمون المحصنات - والمراد بهن العفاف ، وأما العقل والبلوغ ففيه إجماع ، إلا ما عن أحمد أن الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه ،

عنه الحشو استثناء من قوله ولا يحد . وقوله (لأن ذلك) يعني الفرو والحشوكما في قوله تعالى - عوان بين ذلك - وقوله (وإن كان القاذف عبداً) ظاهر . وقوله (والإحصان) بيان شرطه . وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وإن قذفه بعد الإفاقة . وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما ، وأما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما ، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقاً في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقلوف كمن قذف رجلاً بوطء شبهة أو وطء بجاريته المشتركة بينه وبين غيره . وقوله (والإسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أشرك بالله فليس بمحصن ») تقريره أن الله تعالى أوجب حد القذف بالمحصن بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ، والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » فلا يجب عليه حد القذف

(قوله يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى الخ) أقول : قد سبق نظيره في باب حد القريب (قوله من قذف المجنون الذي زنى حال جنونه الخ) أقول : الظاهر إن يقال ومن قذف المجنون الذي زنى حال جنونه الخ وهكذا في النهاية ، ويجوز أن يكون من قبيل - كمثل الحمار يحمل أسفاداً -

(ومن نفي نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد) وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة، لأنه في الحقيقة قذف لأمه لأن النسب إنما ينفي عن الزاني لآعن غيره .

والأصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا إذا كانت مراقة ، فإن الحد بعله لإخا القار ومثلها يلحقه ، والامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار ينسبهما إلى الزنا بل ربما يضمحك من القاتل لصبي أو مجنون يازاني . إما لعدم صحة قصده ، وإما لعدم خطاها بالحرمان . ولو فرض لحوق عار المراهق قليس لإخا على الكمال فيندري . وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لأنه مؤول بأن المراد بالزنا المؤتم وإلا فهو يتحقق منهما إذ يتحقق منهما الوطء في غير الملك ، لكن القذف إنما يوجب الحد إذا كان بزنا يومئ صاحبه ، وبه يندفع الإيراد القاتل إذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغي أن يحد قاذف مجنون في حالة جنونه لكن لا يحد وإن كان قذفه حرن إفاقته . وأما اشتراط العفة فلأن غير العفيف لا يلحقه العار بنسبه إلى الزنا لأن تحصيل الحاصل محال ، ولو لحقه عار آخر فهو صدق ، وحد القذف للفرية لا للصدق . وفي شرح الطحاوي في العفة قال : لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بكناح فاسد في عمره ، فإن كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه ، وكذا لو وطئ في غير الملك أو وطئ بجارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ، ولو وطئ في الملك إلا أنه محرم فإنه ينظر إن كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما إذا وطئ امرأته في الخيض أو أمته المحسوسة لا يسقط إحصانه ، وإن كانت مؤبدة سقط إحصانه كما إذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع . ولو مس امرأة بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة ، وعندهما يسقط . ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط إحصانه انتهى لفظه . وإنما لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة في بنت المسوسة بشهوة لأن كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها (قوله ومن نفي نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي ، وحله في الهداية بأنه في الحقيقة قذف لأمه ، فكانه قال أمه زانية ، لأنه إذا كان لغير أبيه ولا نكاح الملك الغير كان عن زناها معه . قيل فعلى هذا كان الأولى أن يقال : إذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الإحصان . وأورد

(ومن نفي نسب غيره فقال لست لأبيك يحد) إن كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف أمه) لأنه نفي النسب (والنسب إنما ينفي عن الزاني لآعن غيره) وتقريره أن فرض المسئلة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الأم ثابت يبين ونفاه عن الأب المعروف فكان دليلا على أنه زنى بأمه وفي ذلك قذف لأمه لآلحالة . قبل يشترط أن يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتى بعدها . وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وإن كان قذفه في حالة الغضب لجواز أن ينفي النسب عن أبيه من غير أن تكون الأم زانية من كل وجه بأن تكون موطوعة بشبهة ولدت في عدة الوطئ . وأجيب بأن ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالأثر قال في المبسوط : وإنما تركنا هذا القياس للحديث ابن مسعود قال : لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه .

(قال المصنف : ومن نفي نسب غيره وقال : لست لأبيك) أقول : أى لست لأصلك الذى خلقت من مائه ، وإنما ينقطع نسب من صاحبه الماء إذا حصل بالزنا ، حتى لو قال لست لأبيك فلا يثبت بالتحسين يكون على تفصيل النسب وعلمه كما سيجي أيضا (قال المصنف : وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول : الأولى أن يقول محصنة ليم (قوله وقيل يجب ، إلى قوله : ولدت في عدة الوطئ) وأجيب في الكافي بأنه إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان ، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية ، فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ فيزيد قول ابن مسعود دعى الله عنه : لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه أم . وقوله كان الولد ثابت النسب من

(ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى له جده - ولو قال في غير غضب لأبيجد) لأن عيّد الغضب يراد به حقيقة سبها له ، وفي غيره يراد به المعاتبة بنى مشابهة أباه في أسباب المروءة (ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد) لأنه صادق في كلامه ، ولو نسبته إلى جده لأبيجد أيضا لأنه قد ينسب إليه مجازا

عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوعة بشبهة أو نكاح فاسد . الجواب أن المراد أنك لست لأبيك الذى ولدت من ماله بل مقطوع النسب منه ، وهذا ملزوم بأن الأم زنت مع صاحب الماء الذى ولد منه ، وهذا معنى قول المصنف لأن النسب إنما ينشأ عن الزانى لا عن غيره . وحاصله أن نفي نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لأن النسب إنما ينشأ عن الزانى فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا . ولا يخفى أنه ليس بلزوم لجواز كون أبيه زنى بأمه مكروه أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لأمه فالوجه لإثباته بالإجماع ، وهذا بناء على الحكم بعدم إرادة الأب الذى يدعى إليه وينسب بخصوصه ، ولا شك في هذا وإلا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور ، وجوابه ما سيجيء . وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما إذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسبب بدليل المسئلة التى تليها ، فإذا اختلف المراد بافظ الأب على هذا التقدير ، فإنه إذا كان في غير حالة الغضب فإنما يراد بالأب الأب المشهور ، فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الأخلاق (قوله ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى إليه يحد ، ولو قال في غير غضب لأبيجد لأن عند الغضب يراد به حقيقة) أى حقيقة نفيه عن أبيه لأنه حالة سب وشتم ، وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن أخلاقه . ولا يخفى أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه إلى الزنا أمرا لازما لجواز نفيه عنه . والقصد إلى إثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتى قبلها . فثبت الحد به بعمدة قرائن الأحوال ، وهذا لا يثبت القلف بصريح الزنا . وكذا ذكر في الميسوط أن في الأول الحد استحسانا بأثر ابن مسعود ، وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد : بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال : لأحد إلا في قلف عصنة أو نفي رجل عن أبيه . ثم حلوا الأثر على النفي حالة الغضب ، وحكموا بأنه حالة عدمه لم ينفع عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء إذ ليس قلدا ، وإنما يكون تخصيصا لو كان قلدا أخرج من حكم القلف . ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لأبيجد مطلقا لأن حده في قوله لست بابن فلان في حالة الغضب مقتضرا عليه باعتبار أنه قلف أمه ، وإذ انفي نسبه عن أمه فقد نفي ولادتها إياه فقد نفي زناها به فكيف يحد . هذا ، وأما إذا قال ياولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد البتة ، بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فإنه يعزر ، ولو قال لأمراهة يا حليلة فلان لأبيجد ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لأبيجد لأنه صادق في كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان : يعنى جده هو صادق لأنه قد ينسب إلى الجدة مجازا متعارفا ،

وقوله (ومن قال لغيره في غضب الخ) ظاهر ، وطول بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرها لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهى أمه التى تدعى له . حيث لا يكون قلدا مع أن القلف يراد بهذا اللفظ . وأجيب بأن قوله ولا بابن فلانة نفي عنها ، وإنما ينشأ عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفيًا للولادة ونفيًا للولادة نفي الوطء ونفي الوطء نفي الزنا ، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك لأنه نفي عن الوالد ، وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كأنه قال له أنت ولد

إنسان : أى إذا كانت تحت زوج نفسه منه ، وإن لم يكن له الوالى ، فكان ثابتا لمن إنسان ضرورية هو أبوه . قوله وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية : يعنى وهو قد قلعه بنى نسبه عن الأب فذلك على أنه لم يرده بقلعه كون أمه موطوعة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضا . ثم أقول : لا يذهب عليك أن تفرص المسئلة فيما ذكره ينفع هذا السؤال ولا يحتاج إلى الجواب .

(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بمحده حد القاذف) لأنه قذف محصنة بعد موتها (ولا يطالب بمحده القذف للميت إلا من يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى . وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لأن حد القذف يورث عنده على

وفي بعض أصحان ابن أمير حجاج وأمير حجاج جده، وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمة أو خاله أو زوج أمه لا يحد لأن كلامهما أطلق عليه اسم الأب كما ساقى . واعلم أن قوله لست ابن فلان لأبيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقى هو نفي كونه من ماله مع زنا الأم به أو عدم زناها بل بشبهة ، فهى ثلاثة معان : يمكن إرادة كل منها على الخصوص ، وقد حكوا بتحكيم الغضب وعلمه ، فعه يراد نفي كونه من ماله مع زنا الأم به ، ومع علمه يراد المجازى . وقوله لست ابن فلان لجده له معنى مجازى هو نفي مشابهته لجده ، ومعنىان حقيقيان أحدهما نفي كونه مخلوقاً من ماله والآخر نفي كونه أبا أعلى له ، وهذا يصدق بصورتين : نفي كون أبيه خلق من ماله بل زنت جدته به ، أو جاءت به بشبهة . وكل هذه المعاني يصح إرادة كل منها ، وقد حكم بتعيين الغضب : أحدها بعينه في الأول وهو كونه ليس من ماله مع زنا الأم به ، إذ لا معنى لأن يغيره في السبب بأن أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة ، فيجب أن يحكم أيضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذى هو نفي نسب أبيه عنه وقذف جدته به ، فإنه لا معنى لإنباره في نعالة الغضب بأن لم تخلق من ماء جدك ، وهو مع سباجته أبعد في الإرادة من أن يراد نفي أبوته لأبيه ، لأن هذا كقولنا السماء فوق الأرض ، ولا غرض إلا أن يكون فيها إجماع على نفي الحد بلا تفصيل ، كما أن في تلك إجماعاً على ثبوته بالتفصيل . ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء حكم مع أنه ليس بقذف صريح بل هو كونه ابنه شرعاً بلا زنا على ما قلنا ، فلما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود ، وهذه الصور ستأتى في الكتاب لكنها هنا نسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بمحده) فلذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بمحده القذف للميت إلا من يقع القذف في نسبه بقذفه) وهو الوالد وإن علا والولد وإن سفل ، لأن العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولاً معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة ، لكن لحوقهما بواسطة لحوق المقلوب بالذات فهو الأصل في ذلك فهو الأصل في الخصومة ، لأن العار يلحقه

الزنا . قال (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بمحده حد القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها) بخلاف ما إذا قذفها ثم ماتت فإن الحد يسقط (ولا يطالب بمحده القذف للميت إلا من يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعنى الأب والجدة وإن علا ، والولد وولد الولد وإن سفل ، نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبى الليث ، ثم قال : كلما وجبت بخط شيعنى ، ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لأن العار يلتحق به) أى بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى) ورد بأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها إذا كان المقلوب حياً غالباً فإنه ليس لأحد أن يأخذ بمحده إذ ذاك . وأجيب بأن الأصل في الباب هو المقلوب لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه ، ولما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس من الأصل ، ولما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته . وقوله (وعند الشافعي)

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول : أراد الإتيان (قوله من شرح الجامع الصغير) أقول : هو الفقيه أبى الليث (قال المصنف : فيكون القذف متناولاً له معنى) أقول : قال الزيلعي : لأن العار نوع ضرر والضرر الرابع إلى الأصول والضرر الرابع إلى نفسه ، وكذا النوع الرابع إليهم كالنوع الرابع إلى نفسه ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لم ينع الزكاة إليهم ومنع الوكيل من البيع وغير ذلك من الأحكام . بخلاف الأخ والعم وغيره (قوله فإنه ليس لأحد أن يأخذ بمحده) أقول عللاً لابن أبى ليلى .

مانين ، وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث بل لما ذكرناه . ولهذا ثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، وثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد . وثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر

مقصوداً فلا يطالب غيره بموجبه إلا عندئذ لا يس من مطالبته وذلك بأن يكون ميتاً ، فلما لو كان المقتول غائباً لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافاً لابن أبي ليلى لأنه يجوز أن يصدقه الغائب . وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للأب وإن علا ذكره الفقيه أبو الليث . وفي فتاوى قاضيه خان : رجل قتل ميتاً فولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف ويحده ، وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ، ولا يأخذ بذلك أخ ولا عم ولا جده . أبو الأب ولا أم الأم ولا حمة ولا مولاة . وعند الشافعي ومالك وأحمد أيضاً تثبت المطالبة لكل وارث بناء على أنه يورث عنه ، ففي فتاوى القاضي قال محمد : لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اه . وهذه رواية غريبة عن محمد . ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه : أحدها أن يرثه جميع الورثة . والثاني غير الوارث بالزوجة . والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الإرث بل لما ذكرنا من أن حق الوارث ولذا لا يثبت للأخ عندنا حق المطالبة به لأن قرابة الولاد بمنزلة نفس الإنسان ، فاللاحق من العار للإنسان كاللاحق لنفس ولده ووالده ، بخلاف الأخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النزع بانتزاع أخيه ، ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الأخ لأخيه ، فليس لأخي المقتول ولا لعمه وخاله المطالبة بمعد القذف . ولم تجز شهادة الولد والوالد لأخيهما في حكم نفس المشهد له (ولهذا) أعني لكون حق المطالبة للمحقق العار غير دائر مع الإرث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بمعد القذف ، وكذا إذا كان الولد عبداً أو كافراً خلافاً لزفر رحمه الله (وثبت لولد بنت المقتول كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد) وثبت للأبعد مع وجود الأقرب (وكلما يثبت لولد الولد) حق المطالبة (مع وجود الولد خلافاً لزفر) ولو عا بعضهم كان لغيره أن يطالب به لأنه للنفق عن نفسه . وقوله (خلافاً لمحمد) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ، ووجهها أن نسيه إلى أبيه وهو أجنبى عن جدته لأنه بدليل أنه لم يخلع في لفظ ولد الولد ولذا لو وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يخلع ابن البنت في ظاهر الرواية . ووجه الظاهر عنهم أولاً يمنع عدم الدخول بل يخلع

ظاهر . وقوله (لما ذكرناه) يعني قوله لأن العار يلتحق به . وقوله (كما يثبت لولد الابن) يعني بالاتفاق (خلافاً لمحمد) فإنه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لأنه منسوب . إلى أبيه لا إلى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه . وفي ظاهر الرواية : التثبت يثبت من الطرفين ويصير الولد به كبريم الطرفين (وثبت لولد الولد حال قيام الولد) وقال زفر رحمه الله : ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم ، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد ، فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقتول ، واعتبر هذا بطلب الكفارة فإنه لأخصومة فيه مع بقاء الأقرب . ولكننا نقول : حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته إليه ، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الوالد ، فأيهما خصاصم يقام الحد لخصومته ، بخلاف المقتول فإن حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصوداً ، وذلك لا يوجد في حق ولده ، وبخلاف الكفارة فإن طلبها إنما يثبت للأقرب بقوله صلى الله عليه وسلم « الإنكاح إلى العصبات » وفي الحكم المرتب على العسوبة يقدم الأقرب على الأبعد .

(قال المنسب : وثبت لولد البنت) أقول : قال الإجماع : وإن لم يكن وارداً لأنه من ذوى الأرحام اه . وفيه بحث لأنه وارث عندنا . في التفرع تأمل ، وهذه غير غي لأن المراد بالإرث هو الإرث بطريق القرينة والعسوبة إذ هما من أسباب الإرث عند الشافعي .

(وإذا كان المقلوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لزفر . هو يقول : القذف يتناول معنى لرجوع العار إليه ، وليس طريقه الإرث عندنا فصار كما إذا كان متناولا له صورة ومعنى . ولنا أنه غيره بقذف محصن فيأخذ بالحد ، وهذا لأن الإحصان في الذی ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا

كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف ، وثانيا بتقدير التسليم أن المبني مختلف لأن مبني ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستمرة لرجوع عار المنسوب إلى الإنسان إلى الآخر ، وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادل ولد البنت من قولنا أولاد فلان لأنه وقف على من يسمى به ، فإذا لم يتبادر ليشمله الوقف وصار كالوصية لأولاد أولاد فلان لا يستل أولاد بناته لهذا . وجه قول زفر إن مايلحق الولد فوق مايلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المقلوف معه واعتبره بالخصومة في الكفارة فإنه لاخصومة للأبعد مع وجود الأقرب . والجواب منع أن مايلحق الأقرب فوق مايلحق الأبعد بل أكل من ينسب إلى المقلوف بالجزئية لحقه من العار مثل مايلحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية . بخلاف المقلوف مع ولده لأنه لحقه العار مقصودا بالإحقاق به دون ولده وولد ولده . وأما حق خصومة الكفارة فلما ثبت للأقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الإنكاح إلى العصباء » فلم ترتبهم في ذلك لأن الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك . فإن قلت : قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجده إنما خالف زفر في ذلك عند وجود الأقرب فما وجه ما في قاضيخان فإذا قال جده زان لاحد عليه . قلنا : ذلك للإيهام لأن في أبجده من هو كافر فلا يكون قاذفا مالم يعين مسلما ، بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لأنه قاذف لجده الأدنى ، فإن كان أو كانت محصنة حد (قوله وإذا كان المقلوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر) ولكل من قال طريقه للإرث : يعني إذا كان المقلوف ميتا بأن وقع بعد موت المقلوف لأنه لايرث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقلوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا بصورة لرجوع العار إليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لأجل أمه إذ ليس طريقه الإرث عندنا ، وإذا تناولوه معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناول صورة ومعنى بأن يكون هو المقصود بالقذف ، ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم إحصانه ، فكلنا إذا كان مقلوبا معنى فقط (ولنا أنه) أى القاذف غيره بقذف محصن (هو أمه أو أبوه) فيأخذ بالحد ، وهذا لأن الإحصان في (المقلوف قصدا وهو الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال) لأنه لايقع تعييرا كاملا إلا إذا كان محصنا (ثم يرجع هذا

(وإذا كان المقلوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد ، خلافا لزفر . هو يقول : القذف تناوله معنى لرجوع العار إليه ، وليس طريقه الإرث عندنا) لأن حد القذف لايرث (فصار كما إذا كان متناولا له صورة ومعنى) لرجوع العار إليه ، ولو كان متناولا له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم إحصان المقلوف ، فكلنا إذا تناولوه معنى . قيل قوله وليس طريقه الإرث غير مفيد له في هذا المقام ، لأنه لو كان طريقه الإرث أيضا لم يكن له أن يخاصم ، لأن المانع عن الإرث موجود وهو الكفر أو الرق . وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقلوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر . لا يجاز أن يكون لأجل أمه لأن الحد لايرث ولا أن يكون لأجل نفسه لأنه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه غيره بقذف محصن) وهو ظاهر ، لأن فرض المسئلة فيه وكل من غير بقذف محصن جاز أن يأخذ بمجده لأنه تعيير على الكمال فيقتضى زاجرا . وأشار المصنف إلى هذا الكلام بقوله (وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا ،

التعير الكامل إلى ولده ، والكفر لاينافى أهلية الاستحقاق ، بخلاف إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعير على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) لأن المولى لايعاقب بسبب عبده ، وكذا الأب بسبب ابنه ، ولهذا لايقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ، ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع .

التعير الكامل إلى ولده (فثبت له حق المطالبة على طريق الأصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ، ثم يترتب على المطالبة إقامة الحد حقا لله تعالى) (والكفر لاينافى أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما إذا قذفه نفسه) لعدم إحصانه فلم يقع التعير إذ لم يكن محصنا على الكمال . والحاصل أن السبب التعير الكامل وهو بإحصان المذنوب فإن كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصابه أو فرعه ، وإن لم يكن محصنا لم يتحقق التعير الكامل في حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أي التي قذفها في حال موتها (ولا للابن أن يطالب أباه) وإن علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التي قذفها في حال موتها بأن قال رجل لعبد يا ابن الزانية وأمه ، بنة حرة ، أو قال لابنته أو لابن ابنه وإن سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية . وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك ، والمشهور عنه أن للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لإطلاق الآية - فاجلدوه - . ولأنه حد هو حق الله فلا يمنع من إقامته قرابة الولاد . وقال مالك : إذا حد الأب سقطت عدالة الابن لمباشرة سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى - فلا تقل لهما أف - . والجواب أن الإطلاق أو العموم يخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى - فلا تقل لهما أف - . والمانع مقدم (ولهذا لايقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقة فانتقضت عليه الحد بالإجماع على عدم القطع وصار الأصل لنا عموم الآية ، أعني قوله تعالى - فلا تقل لهما أف - . وقوله عليه الصلاة والسلام لايقاد الوالد بولده ، ولا السيد بعبده ، وأما الإجماع على عدم التطلع فلهذه المالك للأب في المسرقة فلا يرد على مالك . ثم دلالة الإجماع على كونه لايقاد به لازمه ، فإن إهدار جنائتيه على نفس الولد توجب إهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد ، بخلاف حد القذف فيها ، ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لايقاد الوالد بولده . وقول المصنف (لأن المولى لايعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيدته بقذف أمه . قيل لأن حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) بإجماع الأئمة الأربعة لأن لكل منهما حق الخصومة وظهور في حق أحدهما

التعير الكامل إلى ولده (فجاز له أن يأخذ بالحد . فإن قيل : جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على مقتضى . أجاب بقوله) (والكفر لاينافى أهلية الاستحقاق) أي استحقاق أهلية الخصومة لأن استحقاقها باعتبار حقوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر ، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه فإنه لا يوجد التعير على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا . قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جدّه وإن علا (بقذف أمه) وجده وإن علت ، ولا أمه ولا جدته وإن علت بقذف نفسه (لأن المولى لايعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لايقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ، فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلا ينبغي حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيما نسب إليه أولى . وقوله (ولو كان لها ابن من غيره) واضح .

(ومن قذف غيره فأت المقلوف بطل الحد) وقال الشافعي: لا يبطل (ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث. ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقلوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد، ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً، والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد، وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام، وإذا تعارضت الجهتان،

مانع دون الآخر فيعمل المقتضى عمله في الآخر، ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان الآخر المطالبة به، بخلاف عفو أحد مستحق القصاص بمنع استيفاء الآخر لأن القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين. فإسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لأن القتل الواحد لا يتصور تجزئه، أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل بإسقاط أحدهما.

[فرع] يجوز التوكيل بإثبات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وكذا في القصاص لأن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل. وشرط الحد لا يثبت بمثله، والإجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لأنها عقوبة تندرج بالشبهات، ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال أنه عفا أو أن المقلوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده، ولا ينبغي قصور التعليل الأول لأن حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فع احتماله أولى قوله ومن قذف غيره فأت المقلوف بطل الحد، وقال الشافعي: لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي فيقام له (وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقلوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أي من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (أنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً، والمقصود من شرع الزاجر كلها إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع إذ لم يختص بهذا إنسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الأحكام) في اعتبارها حقاً للعبد شرطت الدعوى في إقامته ولم تبطل الشهادة بالتقدم، ويجب على المستأمن وقيمه القاضي يعلمه إذا علمه في أيام قضائه، وكذا لو قذفه بمجرعة القاضي حده، وإن علمه القاضي قبل أن يستغنى ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة إذا اجتمعا، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار به، وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الإمام دون المقلوف، بخلاف القصاص، ولا يتقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف. ويتنصف بالزنا كالعقوبات الواجبة حقاً لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف، ولا يختلف باختلاف التلف، وإذا تعارضت الجهتان ولم يمكن إهدار مقتضى إحداها لم يزم اعتبارها فيه ثبت أن فيه الحقين (إلا أن

وقوله (وبكل ذلك تشهد الأحكام) أما الأحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار، وكذلك لا يستوفى إلا بخصومة، وإنما يستوفى بخصومة ما هو حقه، بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد، حتى لو بطل الحد لم ينعى الشبهة لا يبطل المال، ويقام هذا الحد على المستأمن، وإنما يؤخذ المستأمن بمأموه من حقوق العباد، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر، حتى أن رجلاً لو ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفق عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد، وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لأنه يخاف القوت، والله تعالى لا يفوته شيء، وإذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف. وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي

فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديمًا لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن مال العبد من الحق يتولاه مولاة فيصير حق العبد مرعيًا به، ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة عنه، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الإرث، إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع. ومنها العفو فإنه لا يصح عفو المقتول عندنا ويصح عنده. ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لا يجري. وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي، ومن أصحابنا من قال: إن الغالب حق العبد

الشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديمًا لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن مال العبد من الحق يتولى استيفاءه مولاة فيصير حق العبد مرعيًا (وتغليب حق الشرع لا مهندرا ولا كذلك عكسه) أي لو غاب حق العبد لزم أن لا يستوفى حق الشرع إلا بالتحكيم يجعل ولاية استيفائه إليه. وذلك لا يجوز إلا بدليل ينصبه الشرع على نيابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك. بل الثاني استنابة الإمام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الخلود التي هي حقه تعالى على ما قلناه من الأحكام، فإذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الأصل تفرعت فروع أخرى تختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين. منها الإرث فعنده يورث، وعندنا لا يورث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى: أي إنما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا، أو ما يتصل بالمال كالكفالة، أو فيما ينقلب إلى المال كالقصاص، والحد ليس شيئًا منها فيبطل بالموت إذ لم يثبت دليل سمعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه في المطالبة التي جعلها شرطًا لظهور حقه. ومنها العفو، فإنه بعد مائت عند الحاكم القلوف والإحصان لو عفا المقتول عن القاذف لا يصح منه ومعه عندنا، ويصح عنده، ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقتول لم يقتلني أو كذب شهودي، وحينئذ يظهر أن القلوف لم يقع موجبًا للحد لأنه وقع ثم سقط بقوله ذلك، وهذا كما إذا صدقه المقتول فإنه يطل بمعنى ظهور أن القلوف لم ينقذ موجبًا للحد، بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لأن الغلب فيه حق العبد. ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا، وبه قال مالك، وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجرى فيه التداخل عندنا، وبه قال مالك، حتى لو قُتل شخصًا مرات أو قُتل جماعة كان فيه حد واحد إذا لم يتدخل حد بين القتلين. ولو ادعى بعضهم فحد في أثناء الحد ادعى آخرون كل ذلك الحد. وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل. وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو أنه يصح عفو المقتول (قوله ومن أصحابنا من قال: إن الغالب في حد القلوف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الأصل المختلف فيه وتفريع الأحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الأظهر من جهة الدليل والأشهر لأنه قول عامة المشايخ، وذهب صدر الإسلام

أن الاستيفاء إلى الإمام، والإمام إنما يتعين نائبًا في استيفاء حق الله تعالى، وأما حق العبد فاستيفاءه إليه، ولا يلحق فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط. وقوله (لأن مال العبد من الحق الخ) قيل فيه نظر، لأنه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبًا إذا اجتمع الحقان أصلاً، وهو خلاف الأصول والمقول، فإن القصاص ما اجتماعاً فيه حق العبد غالب. واعترض بأن من الأحكام ما يتناقى الحقين جميعاً وهو أنه يسقط بموت المقتول وحش من الحقين لا يسقط به. وأجيب بأن لا نقول إنه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاءه لعدم شرطه، فإن الشرط خصومة المقتول ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته. وقوله (ومن أصحابنا من قال) يريد به صدر الإسلام أبا اليسر، فإنه ذكر في مبسوطه. والصحيح أن الغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي، لأن أكثر الأحكام تدل عليه، والمقول

وخرج الأحكام ، والأول أظهر . قال (ومن أقر بالقلوب ثم رجع لم يقبل رجوعه) لأن للمقلوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع ، بخلاف ما هو خالص حتى الله لأنه لا يمكن له فيه (ومن قال لعربي يابطني لم يجد) لأنه يرد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا .

أبو اليسر إلى أن المغاب فيه حق العبد كقول الشافعي (وخرج الأحكام) المختلف فيها على غير ذلك ، أما توجيه أن أحق العبد غالب فالأمر أكثر الأحكام تنبئ عليه والمقلوف يشهد له ، وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص . وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حتى العبد كالقصاص . وأما تخريج الأحكام فإنما قوض إلى الإمام لأن كل أحد لا يبتدى إلى الضرب الواجب أولاً لأنه ربما يزيد المقلوف في قوته لحققة فيقع متافاً ، وإنما لا يورث لأنه مجرد حتى ليس مالا ولا بمنزلة فهو كخيار الشرط ، وحتى الشفعة بخلاف القصاص على ما قدّمنا ، وإنما لا يصح عفوه لأنه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الإقامة ، ولأنه تمتعت في العفو لأنه رضي بالعار والرضا بالعار عار ، وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ، ثم لا ينبغي ما في تخريجه عدم صحة العفو ، إذ لا ينبغي أن يكون المقلوف ينتفع به على الخصوص ممنوع ، بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف ، وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم ، وأن العفو لا يستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الإنسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله ، وكونه مولى عليه وإنما هو في نفس الفعل لثمة بسبب حقه فلا ينبغي أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلاً ، وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخيارية إن شاء الله تعالى . وقول محمد إن وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقلوب ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقلوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حتى الله تعالى لأنه لا يمكن له فيه) فيقبل رجوعه ، وأما التعليل بأنه بالإقرار أحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطّل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطّله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع في الإقرار بحق الله تعالى ، وكونه أحق الشين لا أثر له ، بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الأدنى فلا يقبل إبطاله ، فالحاق الشين تأثيره في إثبات حق الأدنى ليس غير ، ثم امتناع الرجوع ليس إلا لتضمنه إبطال حق الغير (قوله ومن قال لعربي يابطني) أو قال لست بعربي (لا يجد) وكذا إذا قال لست من بني فلان

يشهد له لما ذكرنا أن العبد متمتع به على الخصوص . وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حتى العبد كالقصاص إلا أنه قوض لإقامته إلى الإمام لأنه لا يبتدى كل أحد إلى إقامة الجحد . وقوله (وخرج الأحكام) أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله يجواب يوافق المذهب فقال في التفويض إلى الإمام ما ذكرنا أن كل أحد لا يبتدى إلى إقامة الجحد . وقال في عدم الإرث إن علمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لأن الإرث يجري في الأعيان . وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى ملك العين لأنه يملك إلتلاف العين وملك الإلتلاف ملك العين عند الناس ، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا بالإلتلاف وهو الأكل ، فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص . وقوله (والأول) وهو أن الغالب فيه حتى الله (أظهر) قال في النهاية : لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ، ولأن عامة أصحابنا عليه فكان الأخذ بقول عامة العلماء أظهر ، والثاني أظهر . وقوله (ومن أقر بالقلوب) من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد . وقوله (ومن قال لعربي يابطني) ظاهر . والنبط جبل من الناس بسواد العراق . وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال لعربي يابطني فقال : لا أحد عليه . وقوله (لما قلنا) يعني قوله لأنه يرد به التشبيه الخ .

(قوله إلا أنه قوض لإقامته) أقول : من كلام أبي اليسر .

(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليفسد بقاذف) لأنه يراد به التشبيه في الجود والمهابة والصفاء : لأن ماء السماء لقب به لصفاته وخصاته (وإن نسبته إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف) لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً ، أما الأول

وقال مالك : يجد إذا نوى الشتم ، وعنه إذا قال ياروي لعربي أو فارسي أو عراقي أو عربي أو يا ابن الخياط وليس في آياته خياط جيد . قلنا : العرف في مثله أن يراد نفي المشابهة في الأخلاق أو عدم الفصاحة ، وأما قذف أمه أو جده من جناته لأبيه فلا يحظر بالبال فلذا أطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا ، وهذا لأن النسبة إلى الأخلاق الدنية مما يشتم به ، فإذا لم يتعارف مثله في القذف أصلاً يجعل في الغضب شيئاً بهذا القدر ، ولأن النبطي قد يراد به النسبة إلى المكان على ما قال في ديوان الأدب : النبط قوم ينزلون بسواد العراق ، فهو كما قال يارستاق ياربن في عرفنا : أي ياقروى لا يجد به . وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليفسد بقاذف) وكذا إذا قال يا ابن مزيقياء ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح ، فإما الماء لقب به عامر بن حارثة القطرير الأزدى لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كما الماء عطاء وجوداً . ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لأنه كان يمزق في كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود إلى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان ، وعلى هذا فالأنسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياء للبدن بالسرف والإعجاب ، لكن عرف العامة في مثله أنه جوده ، وقبله لقب بماء السماء أيضاً للحسن والصفاء ولأنه لقب أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك ، وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير :

ولا زمت الملوك من آل نصر وعدهم بنى مسام السماء

ويجمع المصنف بينهما حيث قال : لأن ماء السماء لقب به لصفاته وخصاته ، وأما جلا فقد استعمل مراداً به إنسان في قول بصير :

أنا ابن جلا وطلاع الثنايا متى أضع العمامة تعرفوني

وكلام سيويه يفيد أنه ليس علماً له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماضى كأنه قال أنا ابن الذي جلا : أي أوضح وكشف . وأما قول القلائخ : أنا القلائخ بن جناب بن جلا . فيحتمل كونه علماً لقباً وكونه وصفاً أيضاً ، ثم إنه إنما يراد به التشبيه في الصفات والمظاهر المكاره فلا يكون قلماً هذا وقد ذكر أنه لو كان هنال رجل اسمه ماء السماء : يعني وهو معروف يجد في حال السباب ، بخلاف ما إذا لم يكن . فلان قيل : إذا كان قد سمى به وإن كان للسخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب أن يجعل على النفي ، لكن جواب المسئلة مطلق ، فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به في حالة الغضب التحكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يجعل في حالة الغضب على سبب نفي الشجاعة والسخاء عنه ليس غير (قوله وإن نسبته لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً فالأول) وهو تسمية العم أباً

وقوله (لأن ماء السماء لقب به) أي بهذا اللفظ ، وماء السماء هو لقب أبي المزيقياء ، والمزيقياء هو عمرو بن عامر ، لقب بالمزيقياء لأنه كان يمزق في كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأبى أن يلبسهما غيره ، وأبوه عامر بن حارثة الأزدى كان يلقب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجوداً .

(قوله هو عمرو بن عامر) أقول : هو من ملوك غسان .

فلقوله تعالى - تعبدوا لله وأبائكم إبراهيم وإسماعيل وإسحاق - والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال أب » . والثالث للترية (ومن قال لغيره زناً في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لا يحد) لأن المهور منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب :
• وارق إلى أيرات زناً في الجبل • وذكر الجبل يقره مراداً .

(لقوله تعالى - وله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق - وإسماعيل كان عماله) أى يعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال أب ») قالوا هو غريب ، غير أن في كتاب الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعاً : الخال والد من لا والد له (والثالث للترية) وقيل في قوله تعالى - إن ابني من أهلي - إنه كان ابن امرأته (ومن قال بغيره زناً في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل) والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق (ويحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لا يحد لأن المهور منه للصعود حقيقة ، قالت امرأة من العرب • وارق إلى الخيرات زناً في الجبل •) والزنا وإن كان يهتز فيقال زناً على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مراداً . وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها • أشبه أبا أمك أو أشبه عمل • تريد عمل • ولا تكونن كهلوف وكل •
يصبح في مضجعه قد انجدل وارق إلى الخيرات زناً في الجبل

وأما على قول شارح إصلاح النطق فقال إنما هي لرجل رأى ابنا له ترقصه أمه فأخذته من يدها وقال أشبه أبا أمك الأبيات . وهذا الرجل قيس بن عاصم المقرئ : أى كمن مثل أبي أمك أو مثل عملي فحلف المضاف إليه ، والمراد كمن مثل أبي أمك أو مثلي ، وكان أبو أمه شريفاً سيداً وهو زيد القوارس بن ضرار الضبي ، وأمه منقوسة بنت زيد القوارس ، قال : فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول :

أشبه أئني أو أشبهن أباكا أما أبني فلن تنال ذاكا
تقصير عن مثله يداكا والله بالنعمة قد والاكا

وقوله (وإسماعيل كان عماله) أى يعقوب ، فإن إسماعيل وإسحاق ابنا إبراهيم ويعقوب ابن إسحاق فكان إسماعيل عمه لا فادخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسبى أبا . قال (ومن قال لغيره زناً في الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعود الجبل حد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لا يحد لأن المهور منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر • وارق إلى الخيرات زناً في الجبل • قال (وذكر الجبل يقره)
أى يقرر الصعود (مراداً) تأكيداً لكون المهور للصعود حقيقة

(قوله وأدخلوه تحت الآباء) أقول : أى يتو يعقوب (قال المصنف : وإرق إلى الخيرات زناً في الجبل) أقول : أوله :
أشبه أبا أمك أو أشبه عميل ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح في مضجعه قد انجدل وارق إلى الخيرات زناً في الجبل

الملوب : القليل الجاني الذي لا غيرته ، والركل : الذي يتكل على الناس فيما يحتاج إليه ، والنجول : المتمد على الأرض ، يريد أنه لا يستعيط حتى يصبح (قال المصنف : وذكر الجبل يقره مراداً) أقول : قال الإقفاص : لا نسلم لأن الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع في الجبل أيضاً له . وهذا خورمادنا (قوله وارق إلى الخيرات) أقول : أى يأمر إلى فعل الخيرات تترفع بها وتذكر كإيرنا المرقى في الجبل (قوله زناً) أقول : أى صعوداً (قوله تأكيداً لكون المهور الخ) أقول : حيث قال يقرر دون يمين

ولهذا أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً لأن من العرب من يهز الملين كما يهز المهموز . وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما إذا قال يا زاني أو قال زناة . وذكر الجبل إنما يعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على إذ هو المستعمل فيه . ولو قال زناة على الجبل قيل لا يحد لنا قلنا . وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازانى فقال لا بل أنت فلهما يحدان) لأن معناه لا بل أنت زان .

والهولوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل ، والوكل الذى يتكلم على غيره فيما يحتاج إليه ، وذكر في النهاية قوله أو أشبهه بجل بالجيم ، وقال : هواسم رجل هو أبوسى من العرب وهو جمل بن سعد ، والوكل العيال على غيره (ولهذا أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً) على ما أسلفنا (لأن من العرب من يهز الملين) أى اللين في غير التقاء الساكنين كقول المعاجم . وخهدف هامة هذا العالم . ومنه قوله . صبرا فقد هيئت شوق المشتق . لأنه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز ، وأما نحو قطع الله أديه : أى يديه ، فالتثنية به بناء على أن المراد بحرف الألفين أو الملين حرف العلة ، لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهزون في الالتقاء على حده وإن كان على خلاف الجادة يقال دابة وشابة . وقرئ ولا الضالين شاذاً وإن كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود ، فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً . وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر لإرادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يازانى أو زناة فإنه يحد اتفاقاً وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مراداً) قلنا إنما يعين ذلك إذا كان مقروناً بكلمة على فيقال زناة على الجبل . ولا يخفى أنه مما يمنع بل يقال زناة في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمعية وغيرها ، والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس إلا الصعود وهو بلفظة : بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فإن الفاحشة قد تقع في الجبل : أى في بعض بطونه ، وعلى الجبل : أى فوقه ، كما قد تقع على سطح الدار ونحوه ، فلم يكن ذكره قرينة مانعة من لإرادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجع لإرادة الفاحشة بقرينة حال السباب والخاصة (ولو قال زناة على الجبل) والباقي بحاله : أى في حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آتفاً لأن ذكر لفظه على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الأوجه ، وقد عرف من تنبيذ جواب المسئلة بحالة الغضب أن في حالة الرضا لا يجب الحد إذ لا يجب بالشك بل لا داعي . فالظاهر عدم لإرادة السب (قوله ومن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت فلهما يحدان) إذا طالب كل منهما الآخر لأنهما قاذفان ، وإذا طالب كل الآخر وأثبت . اطالب به عند

وقوله (ولهذا أنه يستعمل الخ) واضح . وقيل كلامه يشير إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود ، وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما . وعند محمد أنه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن اللفظ إذا دار بين كونه مشتركاً وحقيقة مجازاً فالثاني يترجح على الأول لعدم إخلاله بالفهم ولأن الباب باب الحد فيحتال بالدرء . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله إذا كان مقروناً بكلمة على . وقوله (للمعنى الذى ذكرناه) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً (قوله ومن قال لآخر يازانى) ظاهر . واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الأول مذكوراً في الثاني بأن المراد بالأول هو قوله يازانى وما ثمة خبر أصلاً .

(قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول : يعنى يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثاني يترجح على الأول) أقول : نعم إذا لم يقم دليل على الأول وهنا الدليل موجود فهو قوله لأن من العرب الخ فاعلم (قال المصنف) : ولو قال زناة على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول : نعم يتبين الصعود بالإرادة إذا كان مقروناً بكلمة على قال الإمام المرحوم فيمنه : وكذلك إذا قال زناة على الجبل يلزمه الحد ، وكذلك إذا قال زناة على الجبل ، إلا أن محمداً يقول : أهل اللغة إذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف في لا حرف على أنه فيه تأمل (قال المصنف) وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه) أقول : فهنا التثنية لا يعلم تعيين الصعود حين المغاراة بكلمة على إلا في حالة غير الباب فليأتمل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور إلى قوله وما ثمة خبر أصلاً) أقول : الاعتراض للإعتاق إلا أنه يجوز أن يقال قوله يازانى يقتض

إذ هي كلمة عطف يستلزم بها العطف فيصير الخبر المذكور في الأول مذكوراً في الثاني (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة ولا لعان) لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد، وفي البداهة بالحد إبطال اللعان. لأن المحدث في القذف ليس بأهل له ولا لإبطال في عكسه أصلاً فيجوز للدرء، إذ اللعان في معنى الحد (ولو قالت زينت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصلبها بإياه وانعدامه منه،

الحاكم لزمه حينئذ حتى الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما، بخلاف ما لو قال له مثلاً ياخييت فقال له بل أنت تكافأ ولا يعزر كل منهما الآخر لأن التعزير لحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقط، أما كون الأول قاذفاً فظاهر، وأما الثاني فلا من معناه لا بل أنت زان، ولذا لو كان المحبب عبداً حراً هو خاصة لأنه قاذف بقوله بل أنت والحرة وإن كان قاذفاً أيضاً، لكن لا يجحد بقذف العبد. قال المصنف (إذ هي) يعني بل (كلمة عطف يستلزم بها العطف) يعني في التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور في الأول) أي في التركيب الأول إذا كان خبرياً (مذكوراً في الثاني) فإذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمراً في التركيب الأول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبراً عنه ولم يرد بالأول لفظ يازاني بل هو إعطاء النظر معنى: أي هي كما ذكرنا، وإذا كانت كذلك فيصير واصفاً للمتكم الأول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لأن يازاني في معنى أدعوك وأنت زان) قوله (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة خاصة) إذا ترافعا (ولا لعان لأنهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها بإياه يوجب الحد عليها) والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء، واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه، وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة، وفي قذف، واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف، ويتقدم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لأن حد القذف يجري على الملاحة، ولهذا لو قال لها يازانية بنت الزانية فصاحمت الأم فحد سقط اللعان لأنه شهادة، فلو صاحمت المرأة أولاً لاعتل القاضي بينهما، فإذا صاحمت الأم بعد حد القذف قللنا الحد درءاً للعان الذي هو في معناه (ولو) كانت (قالت) في جواب قوله يازانية (زينت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت في نسبها إلى الزنا فيسقط اللعان وقذفه حيث نسبت إلى الزنا ولم يصلحها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون

والجواب أن المراد بتأخير الجزء، وحينئذ يستقيم الكلام لأن الخبر جزء أخص فيجوز أن يستعار للأعم (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر (قوله لأن المحدود في القذف ليس بأهل للعان) دليله أن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود في القذف. وقوله (ولا لإبطال في عكسه أملاً) يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لأن إحصان الرجل لا يبطل بجران اللعان بينهما، غاية ما في الباب أن اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن أن يكون عقيفاً عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا للدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد. وقوله (ولو قالت زينت بك) يعني في جواب قوله لها يازانية. وقوله (وانعدامه) أي انعدام التصديق من الزوج.

معنى قوله أنت زان فراده بالخبر المذكور في الأول هو الخبر المذكور ضمناً، بل نقول: ليس مراد القائل حقيقة التداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مسجل فيه بقرينة الحال فلا إشكال (قوله غاية ما في الباب أن اللعان الخ) أقول: كما مر في باب اللعان

ويحتمل أنها أرادت زناى ماكان معك بعد النكاح لأن ما مكنت أحدا غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة ، وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فنجاء ماقلنا (ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه يلاعن) لأن النسب لزمه بإقراره وبالنسب لزمه صار قاذفا فيلاعن (وإن نفاه ثم أقر به حد) لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان لأنه حد ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب ، والأصل فيه حد القذف . فإذا بطل التكاذب بصرار إلى الأصل ، وفيه خلاف ذكرناه في اللعان (والولد ولده) في الوجهين لإقراره به سابقا أو لاحقا ،

اللعان (ويحتمل أنها أرادت زناى ماكان من تمكينك ليالك بعد النكاح) وهذا كلام يجرى بين الزوجين في العادة مجرى عجز المشاكلة مثل قوله وجزاء سيئة سيئة مثلها . فإن فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا ، كما أن الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلتين ذكر معه . وعلى هذا لا حد عليها لأنها لم تقذفه . ويجب اللعان لأنه قذف زوجته ، فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان . وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد . والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر ، فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك ، وهذا معنى قوله (فنجاء ماقلنا) أى من أنه لا حد ولا لعان . ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من الفصلين عند ابتداء إياها بالإغاطة لوجب حدها البتة عينا بقذفها إياه . إذ النسبة إلى الزنا تنصرف إلى الحقيقة ، ومذهب الشافعى في مشكلة الكتاب أن تحلف الزوجة أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفى بيمين واحدة في وجه ، وعلى الزوج الحد دونها لأن هذا ليس إقرارا صحيحا بالزنا ، ويقولنا قال أحد ، ولو ابتدأت الزوجة تحلفت لزوجهها زنت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان ، وهذا ظاهر (قوله ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه يلاعن فإن النسب لزمه بإقراره ، وبالنسب لزمه صار قاذفا لزوجه فيلاعن) وإن نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفيه للولد (لأن اللعان حد ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين في زنا الزوجة (والأصل فيه) أى في اللعان ما هو إلا (حد القذف) لأنه قذفها (فإذا بطل) الخلف ببطان (التكاذب صير إلى الأصل) فيحد الرجل . وقوله (وفيه خلاف ذكرناه في اللعان) الذى ذكره في اللعان أنه إذا أكذب نفسه بعد اللعان بنى الولد وتفريق القاضى حده القاضى وحل له أن يزوجه ، وهذا عندنا حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هو محرم مؤبد . وقوله (والولد ولده في الوجهين) أى ما إذا أقر بالولد ثم نفاه وما إذا نفاه أولا ثم أقر به (لإقراره به سابقا) فيثبت ولا ينتفى بما بعده (أو لاحقا) في الثانية فيثبت به بعد النفي .

وقوله (ويحتمل أنها أرادت زناى ماكان معك بعد النكاح) اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا . وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى - بل يدها مبسوطتان - حملها على ذلك التركيب فرط غيظها بإطلاق تلك الكلمة ، وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجه فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ، ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج ، وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان ، فوقع الشك وجاء ماقلنا أنه لا حد ولا لعان . قوله (لأنه) أى اللعان (حد ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب ، والأصل فيه حد القذف) لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية (وإذا بطل التكاذب) يكذب الرجل نفسه (بصرار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين) أى في الوجه الذى أقر ثم نفي وعكسه ، قوله (لإقراره به سابقا أو لاحقا) أى لإقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فإذا أقر ثم نفي أو لاحقا

(قال المصنف : وهو المراد في مثل هذه الحالة) أقول : أى يجوز إرادته وإنما قال لنفي ماضى يقال إنه لا مجال لك الإرادة لأن ماكان معه بهذا النكاح وطء حلال ليس زنا

والأمان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لأنه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملائعة بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أماره الزنا منها وهي ولادة ولد لأب له ففادت العفة نظرا إليها وهي شرط الإحصان

وقوله (والأمان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال إن سبب اللعان ليس إلا نفي الولد ، فإن لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة الأمان بنفي الولد قطع النسب ، ألا يرى أنه لو نفاه بعد أن تناولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلا بأن قذفها بالزنا ولا ولد فإنه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه ، وأما أنه لو نفي نسب ولد امرأته الآيسة فإنه ينتفي النسب فيثبت انتفكك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا تدخل له في الجواب (قوله وإن قال) أي الزوج الذي جاءت زوجته بولد (ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لأنه) إذا أنكر أنه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها إياه ، وبني ولادتها لا يصير قاذفا لأنه إنكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملائعة بولد والولد حي) وقت القذف أو ميت (فلا حد عليه) أما لو قذف ولد الملائعة نفسه أو ولد الزنا فإنه يحد ، ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أو لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حد ، ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه ، وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ، ومن قذفها بعد ذلك يحد ، لأنها خرجت عن صورة الزواني ، ولو قذفها الزوج فرافقته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الأولاد قيام أماره الزنا منها وهي ولادة ولد لأب له ففادت العفة نظرا إليها : أي إلى الإمارة (وهي) أي العفة (شرط) واعلم أنه إن صبح ما رواه الإمام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد ، وكذا

فيها إذا نفاه ثم أقر به . وقوله (والأمان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال إن سبب اللعان هنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجري بينهما الأمان لأن بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن . ووجهه أن قطع النسب ليس من ضرورة الأمان فاعتبر كل واحد منهما : أي من نسبته إلى الزنا ومن نفي الولد منه صلا عن الآخر فصار كأنه نسبها إلى الزنا من غير نفي الولد بأن قال بازانية وفيه الأمان ، فكذا ههنا ، ألا ترى أنه إذا تناولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فإنه يلاعن مع أن سبب اللعان نفي الولد ، ولم ينتف الولد لأنه صار بمنزلة قوله أنت زانية . قوله (وإن قال ليس بابني ولا بابنك) ظاهر . وقوله (أو قذف الملائعة بولد) يفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ، ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التي لاعت بولد كذا في الكافي . وقوله (بولد) ينصل بالملائعة . وقوله (ففادت العفة نظرا إليها) أي إلى إمارة الزنا (وهو) أي العفة وذكره نظرا إلى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد .

(قال المصنف : والأمان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول : في الكافي ويثبت النسب بدون اللعان كالزنا نسب امرأته الأمة ينتفي النسب ولا يجري الأمان اه . فالفكك اللعان عن قطع النسب وجوبا وعملا (قوله هل حسب ما اختلفوا فيه) أقول : كما مر في باب اللعان (قوله ومعناه التي لاعت بولد كذا في الكافي) أقول : يعني في الكافي للنسب (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول : لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية

(ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام أمانة الزنا . فقال (ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه لم يجد قاذفه) لفوات العفة وهي شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق ،

مارواه أحد أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنة أن يرث أمه وترته أمه ، ومن رماها به بجلد ثمانين أشكل على المذهب ، والأئمة الثلاثة جعلوا قذف المتلاعنة بولد كقذف المتلاعنة بلا ولد (ولو قذف امرأة لا عنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت أمارته . فلان قيل : اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالحلوة بالزنا فلا يجد قاذفها . أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره فهي محصنة في حق غيره ، الا ترى أن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إليها لا إلى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك ، إلا أن للشافعية في وجه أنه إذا قذفها أجنبي بذلك الزنا الذي لا عنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان ، لكن المنصوص في الأصل أنه يحد بل الحق أنها لم يسقط إحصانها بوجه . وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها إنما يقتضى أن لا يحد قاذفها لو كان معناه أنه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله ، وليس كذلك لأنه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع المعجز عن إثباته ليسقط إحصانها ، وإنما هوليشنى الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف إلى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤبدة بالأيمان الغموسة ، أو يضاف ذلك إلى عذاب الافتراء والقذف ، بخلاف ما إذا كان بنى الولد لأن أمانة الزنا قائمة فأوجب ذلك ، وقد أول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع إصرار ، فالحق أن كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج إلى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ، وورود السؤال إنما هو بناء على أنه كلام حقيق على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له (قوله ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه لم يجد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الإحصان) شبه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الإحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الإحصان بالحقيقة (ولأن القاذف صادق) لأن الوطء في غير الملك زنا كذا قيل ، وهو قاصر على ما إذا

وقوله (ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد) ظاهر . فلان قيل : اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد أمانة الزنا منها فينبغي أن يسقط الحد عن القاذف نظرا إلى هذا . قلنا : بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فيالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقط فيبقى القذف سائما عن المعارض فوجب الحد على القاذف . قال صاحب النهاية : ووجدت بخط شيخني في جواب هذه الشبهة . قلنا نعم إن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا ، لكن بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره ، فكانت هي محصنة بالنسبة إلى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها . قال (ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه) اعلم أن الوطء الحرام بالقسمه الأولية على نوعين :

(قوله فلان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول : كما سبق في باب اللعان ، وأجيب الإفتقار من هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها أن الزنا لو ثبت منها لمعت ، ولكن لما لم يثبت لم تعد للمرأة حد الزنا ، ولم يجد الرجل حد القذف فأبرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقها بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يجد أحد منهما ، وليس معناه أن اللعان كإجراء الحد ألا يرى أن التفريق بينهما إنما وقع باختيار أنها محصنة لأنها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلا ، فلذا أكد اللعان إحصانها فقال أن يسقط الإحصان بما يتأكد به أنه قبلنا (قوله قلنا بل لكه) إلى قوله : لعارض الوجهان فتساقط (الخ) أقول : واعترض عليه الإفتقار بأنها إذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه ، فجاء كونها غير محصنة تكون شبهة في إسقاط الحد عن قاذفها لأن الشبهة مستقلة لعدم لارجعية فيلغى على هذا أن لا يجب الحد على القاذف له . وقد مر من الخارج في باب الشهادة عن الزنا ما يقارب هذا فذكر .

والأصل فيه أن من وطئ وطأ حراماً لعينه لا يجب الحد بقلقه . لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه ، وإن كان محرماً لغيره بخلافه لأنه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك ، والحرة مؤبدة ، فإن كانت الحرة مؤبدة فالحرة لغيره ، وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرة المؤبدة ثابتة بالإجماع ،

قلقه بذلك الزنا بعينه أو أبهم ، أما إذا قلقه بغيره فإنه لا يعلم صدقه فيه فيحد ، والحكم ليس كذلك بل المنصوص أن من قذف زانياً لاحت عليه سواء قلقه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه في أصل المبسوط خلافاً لإبراهيم وابن أبي ليلى .. وجه قولنا أن النص إنما أوجب الحد على من رأى المحصنات وفي معناه المحصنين وبالنزاع لا يثبت الإحصان فريمه رأى غير المحصن ، ولا دليل يوجب الحد فيه ، نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزر (والأصل) فيها يعرف به الوطء المحرم الذي يسقط الإحصان والوطء المحرم الذي لا يسقطه (أن من وطأ وطأ حراماً لعينه لا يجب الحد بقلقه) على قاذفه (لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فإذا وقع فيه كان زانياً فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وإن كان) وطئ (محرم لغيره بخلافه) قاذفه لأنه وإن كان محرماً ليس بزنا إذا عرف هذا فالحرم (لعينه) هو الوطء في غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة . وأضحى أن الموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها فلا يجب قاذفها ، فإن الإكراه يسقط الإثم ، ولا يخرج الفعل به من أن يكون زنا فلما يسقط إحصانها كما يسقط لإحصان المكره الواطئ ذكره في المبسوط وأما غيره (أو من وجه) كالأمة المشتركة بين الواطئ وغيره ، وكذا الوطء في الملك والحرة مؤبدة كوطء أمته التي هي أخته من الرضاع ، ولو كانت الحرة مؤبدة كالأمة الزوجة والأمة المحبوسة ووطء أمته الأخنتين أو الزوجة في حالة الحيض أو النفاس فالحرة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) في ثبوت حد القاذف للواطئ في الحرة المؤبدة (كون تلك الحرة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك العين ، فلا تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يجب قاذفه ، وكذا إذا تزوج امرأتين لايجل له الجمع بينهما في عقد أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقد فوطئ الأمة فلا حد على قاذفه ، بخلاف مالهو نظر إلى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبي حنيفة وهو قول الأئمة الثلاثة ، ولا يجب عندهما لتأييد الحرة ولا اعتبار للاختلاف ، كما لو اشترى من نية أبيه فوطئها فيسقط إحصانها ، وحرة المصاهرة بالنزاع تختلف فيها بين العلماء . وأبو حنيفة إنما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كتبوتها بالنظر إلى الفرج والمس بشهوة ، لأن ثبوتها لإقامة السبب مقام المسبب احتياطاً فمضى حرمة ضعيفة لا يفتى بها الإحصان الثابت بيقين ، بخلاف الحرة الثابتة بزنا الأب فلها ثابتة بظاهر قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص ، وكذا وطء الأب جارية ابنه مسقط

أحدهما حرام لعينه ، والآخر لغيره ، والأول منشأ حرمة شيئان : حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الأجنبية ، أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره ، وحصوله في امرأة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أمته وهي أخته من الرضاع ، وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطء أمته المحبوسة ووطء أمته الأخنتين ، والقاذف في النوع الأول بوجهيه لا يجب حد القذف لفوات العقبة وهو شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق لأن الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة الأب بعد ملك النكاح أو ملك العين إذا اشتراها ابنه فوطئها لا يجب قاذفه

أوبالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه أن من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينهما آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلا أتى أمته وهي محبوسة أو امرأته وهي حائض أو مكاتبته له فعليه الحد) لأن الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا . وعن أبي يوسف أن وطء المكاتب يسقط الإحصان ، وهو قول زفر لأن الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء . ونحن نقول ملك الذات باقي والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة

للإحصان . وقوله (أوبالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للأب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث « لا نكاح إلا بشهود » ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة ، وحرمة وطء أمته التي هي خاتله من الرضاع أوعته لقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (قوله بيانه) شروع في تفرع فروع أخرى على الأصل (إذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لأحد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فينلحق الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب ، بخلاف رجوعه فإنه وإن كان الرجوع يوجب شبهة في الإقرار الأول لا يعمل هنا فإنه لما لم يقارنه بل وقع متأنعا ، والفرض أن بالإقرار تقرر حق أدى لم تعمل الشبهة اللاحقة لأن الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدى لا تزعمه ، فلذلك لم يعتبر الرجوع عاملا في إسقاط الحد وقوله وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها (أوجلا زنا في نصرانيتها فإنه لا يحد ، والمراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنت وأنت كافرة ، وكذا لو قال لعنت زنى وهو عبد زينب وأنت عبد لا يحد ، كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كاتبة أو أمة فلا حد عليه ، لأنه إنما أقر أنه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حده ، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام عليه حدا ، بخلاف الرجم على مأمّر ، ولا يسقط الحد بالإسلام ، وكذا العبد ، ولا فرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولا ، حتى أن الكافر الحربي إذا زنى في دار الحرب ثم أسلم فحذفه لا يحد لأن الزنا تحقق منه ، وإن لم يتم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا ، وإنما ارتفع بالإسلام الإنم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلا أتى أمته وهي محبوسة) أو مزوجة أو المشتراة شراء فاسدا (أو امرأته وهي حائض) أو مظاهر منها أو صائعة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لأن الشراء الفاسد يوجب الملك ، بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لأن الحرمة) في كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت لغيره فلم يكن زنا ، لأن الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فأنهم غير ملومين - (وعن أبي يوسف أن وطء المكاتب يسقط الإحصان ، وهو قول زفر ، لأن الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ، ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وإن حرم كوطء أمته المحبوسة والحائض ، ونحن نقول : إن قلتم إن ملك الذات انقضى من وجه كالشركة فسنعرض ، وإن عنيتم أن ملك الوطء انقضى سلمياته ولا يستلزم ثبوت الحد كالأمة المحبوسة فنثبت أن الحرمة لغيره إذ هي مؤقتة ، ووجب العقر لا يندلج على سقوط الإحصان كالراهن إذا وطئ أمته المهرونة وهي بكر يلزمه

(أوبالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فلما ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بالشهود » وهو مشهور . وفي النوع الثاني يحد لأن الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال ، ألا ترى أن المحبوسة إذا أسلمت (٤٣ - فتح القدير حق - ه)

(ولو قذف رجلا وطئ أمته وهي أخته من الرضا لا يحد) لأن الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لأحد عليه) يمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة (ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة - وقالوا: لأحد عليه) وهذا بناء على أن تزوج المجوسى بالمحرم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافاً لما - وقد مر في النكاح (وإذا دخل الحرفى دارنا بأمان قذف مسلماً حد) لأن فيه حق العبد وقد ألزم إيفاء حقوق العباد - ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً أن لا يؤذى وموجب أداء الحد (وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب) وقال الشافعى: تقبل إذا تاب وهي تعرف في الشهادات (وإذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل النعمة) لأن له الشهادة على جنسه فرد تمتة لحده (فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل

المر ولا يسقط الإحصان. ذكره في الميسوط (ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضا لا يحد لأن الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فإنه يقول بوطئها لا يسقط الإحصان، وهو قول مالك وأحمد والشافعى رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطئ أمته المجوسية. وجه الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتقاعها فكانت مؤقتة، أما حرمة الرضا لا يمكن ارتقاعها فلم يكن الحفل قابلاً للحل أصلاً فكيف يجعل لغيره. (قوله ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لأحد عليه يمكن الشبهة) في شرط الحكم وهو الإحصان لاختلاف الصحابة في أنه مات حراً أو عبداً فأورث شبهة في إحصانه، وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الإحصان (قوله ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه الخ) يعنى ولو تزوج مجوسى بأمه أو أخته أو بنته (ثم أسلم) ففسخ نكاحهما فقتله مسلم في حال إسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة (وقالوا: لا يحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة. وقولها قول الأئمة الثلاثة، وقد مر في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك (قوله وإذا دخل الحرفى دارنا بأمان قذف مسلماً حد) لأن فيه حق العبد وقد ألزم إيفاء حقوق العباد، ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً بالضرورة أن لا يؤذى) وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذى فكان ملتزماً موجب أداء وهو الحد (قوله وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب) عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حدة خلافاً للشافعى رضى الله عنه فعنده تقبل شهادته إذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصى (وهي) خلافية (تعرف في الشهادات) إن شاء الله تعالى (قوله وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل النعمة) وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا، ورد الشهادة من تمام حد القذف فرد شهادته عليهم (فإذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل

أو أخرجه إحدى الأخنتين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زناً فيحد قاذفه، وبقيّة كلامه ظاهر. وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فإنه يقول: بوطئها لا يسقط إحصانه لأن حرمة القمل مع قيام الملك الذى هو المبيح لا يسقط إحصانه كوطء امرأته الخافض أو المجوسية أو إلى ظاهر منها أو الحرمة أو أمته التى زوجها وهي في عدة من غيره لأن ملك الحفل قائم ببقاء سببه. ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافياً، فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينفي الآخر، والحرمة المؤبدة ثابتة فينتى الحل. وقوله لأن ملك الحفل قائم ببقاء سببه، قلنا: السبب لا يوجب الحكم إلا في محل قابل له، وإذا لم يكن الحفل قابلاً للحل في حقه لا يثبت ملك الحفل فكان فعله في معنى الزنا. وقوله (لمكان اختلاف الصحابة) يعنى في أنه مات حراً أو عبداً على ما يجيىء في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى. وقوله (وقد مر في النكاح) أى في باب نكاح أهل الشرك. وقوله (كقذف مسلماً حد) جواب ظاهر الرواية، وعلى قول أبي حنيفة أولاً لا يحد لأن المقلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا. ونجّه ظاهر الرواية ما ذكره في أن كتاب وهو واضح. وقوله (لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل

تحت الرد ، بخلاف العبد إذا حدث حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لا شهادة له أصلاً في حال الرق فكان رد شهادته بعد الحق من تمام حده (وإن ضرب سوطاً في قلف ثم أسلم ثم ضرب مائتي جازت شهادته) لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام

تحت الرد (لأن النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست فيه تلك فلم تدخل تحت الرد ، بخلاف ما لو ارتد المخلوع ثم أسلم لا تقبل شهادته لأنه صار مردود الشهادة أبداً ، والردة ما زاده إلا شراً فبالإسلام لم تحدث له شهادة ، بخلاف الكافر الأصلي ولهذا قبلت مطلقاً على الأهل الإسلام غيرهم ، وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الإسلام على أهل النعمة لأنها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف . قلنا : إن هذه أخرى نافذة على الكل لأعلى أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار ، وهذا بخلاف العبد إذا حدث في قلف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبداً لأنه لم يكن له شهادة في تلك الحالة الرق وقد وجب الحد عليه وهو يرد شهادته مع إبطاله فينصرف إلى رد ما يحدث له من الشهادة بعد الحق هذا . ولقاتل أن يقول : إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لأنه تعالى قال - فاجلبوهم ثمانين جادة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً - والحادثة شهادة واقعة في الآباد فقتضي النص ردها . والجواب أن التكليف بما في الوسخ فيحذف كلف برد شهادته . والامتنال إنما يتحقق برد شهادة قائمة إن كانت وإلا فيما يحدث ، وإذا كانت له شهادة قائمة فودت تحقق الامتنال وتم - فلو حدثت أخرى فلوردت كان بلا مقتضى إذ الموجب أخذ مقتضاه (قوله وإن ضرب) يعني الكافر (سوطاً في) حد (قلف) ثم أسلم ثم ضرب مائتي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له أي للحد (والمقام بعد الإسلام

تحت الرد) رد بأنه إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين ، فأما على أهل الذمة فقد كانت الأهلية موجودة وقد صارت مجروحة بإقامة الحد عليه . وأوجب بأنه ليس كذلك . بل استفاد بالإسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعاً لأهلية الشهادة على المسلمين ، وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد ، فإن تلك كانت بطريق الأصالة على أهل الذمة ، وهذه بطريق التبعية للمسلمين ، فإن أهلية الشهادة على الأشراف تقتضي أهليتها على الأخس . ولقاتل أن يقول : سلمنا وجود مقتضى لكن المانع وهو الرد أولاً موجود . وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد إذا قذف ف ضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم ؟ وكلامه ظاهر . واعترض بأن المقول هنا انكسار حكمهما ، لأنه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بحد القذف تنصيصاً للحد القذف ثم يلزم ذلك الرد إلى ما بعد الإسلام ، ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلاً لم يتعد الحد حال وجوده موجباً لرد الشهادة فكيف ينقلب وجوباً للرد بعد ذلك ؟ والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده ، والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالإسلام فلا ترد ، ولم نقل في العبد بأن غير الموجب انقلب موجباً ، وإنما توقعنا في إيجابه إلى حين إمكان الموجب وهو الرد . قوله (وإن شرط سوطاً في قلف) ظاهر ، واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد فالمقام قبل الإسلام كذلك ، فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الإسلام ، بل يجعله صفة لما أقيم بعد

(قوله ولقاتل أن يقول سلمنا الخ) أقول : أنت غير بأن المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الإسلام (قوله فكيف ينقلب موجباً للرد الخ) أقول : كسمل زنى في دار الحرب ثم خرج لم يجد وقد سبق (قوله مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده) أقول : فيه شيء ، إذ ليست له تلك الشهادة بعد الإسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول : وسببها إن شاء الله تعالى فإب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام متعلق بالمقام .

بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له . وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذا الأقل تابع للأكثر . والأول أصح . قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)

بعض الحد) وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذا الأقل تابع للأكثر والأول أصح) لما ذكرنا وعرف أنه لو أقيم عليه الأكثر قبل الإسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا ، وأورد عليه ، كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الإسلام فينبغي أن لا يكون صفة ، وأيضا جعله صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر . أجيب بأن النص ورد بالأمر بالحد والنهي عن القبول ، وليس أحدهما مرتبا على الآخر . فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن ، والممكن رد شهادة قائمة للحال فيعتقد النبي به ، وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر . وأصل هذا ما ذكر في الأصل والمبسوط قال : لتسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد إذا كان عدلا . ثم قال والحد لا يتجزأ فلو كان فيه يكون تعزيرا لا حدا . والتعزير غير مسقط للشهادة . قال : وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات : إحداها ما ذكرنا وهو قوله ، والثانية إذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته إقامة للأكثر ، مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف ، والثالثة إذا ضرب سوطا واحدا سقطت . قال : وهذه الروايات الثلاث في النصرائي إذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) سواء قذف واحدا مرارا أو جماعة بكلمة كقوله أتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى إذا خضر واحد منهم فادعى وحده لذلك ثم حضر آخر فادعى أنه قلفه لا يقيم إذا كان بقذف قبل أن يحد ، لأن حضور بعضهم لبعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا إلا إذا كان بقذف آخر مستأنف . وحكى أن ابن أبي ليلى سيع من يقول لشخص يا ابن الزنايين فحداه حدين في المسجد ، فيبلغ أبا حنيفة فقال : بالله يجب لقاضي بلدنا خطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع : الأول : أنه لم يبلو طالب القذف ، والثاني : أنه لو خاصم وجب حد واحد ، والثالث : أنه إن كان الراجب عنده حدين ينبغي أن يبرص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول ، والرابع : ضربه في المسجد ، والخامس : ينبغي أن يتعرف أن والديه والأحياء أولا . فإن كانا حيين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن . ومن فروع التداخل أن لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل لأنه اجتمع الحدان ، لأن كمال الحد الأول بالسوط الذي بقى ، وسنذكر منه أيضا في فروع نختص بها . وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة : أي من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد

الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الأشير على ما عرف في موضعه . والجواب أن لم يجعل الرد صفة لا للمقام قبل الإسلام ولا للمقام بعده ، وإنما قلنا إن الرد صفة للحد والحد ثمانون . ولم يوجد فلم ترتب التهمة . وقيل في الجواب النص . ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل . واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن ، والممكن زمان النبي رد شهادة قائمة للحال فيعتقد به (وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته والأقل تابع للأكثر) فكان الكل وجد بعد الإسلام وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا (والأول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ . وقوله (ومن قذف أو زنى الخ) ظاهر . وذكر في المبسوط : لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة ، أو كلمات (قوله وقيل في الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الإسلام ، ثم لا يفتى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل .

أما الأولان فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار ، وإحتمال حصوله بالأول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ، وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب . لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل . وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما . وقال الشافعي : إن اختلف المقلوب أو المقدوف به وهو الزنا لا يتداخل ، لأن المغلب فيه حق العبد عنده .

مرة فهو لذلك كله مما سبق منه ، وعند الشافعي أن قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وإن قذفهم بكلمات أو قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد . وعندنا لافرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان ، وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية . وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بأن مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلة فيتركز بتكرره على ما عرف . وفي الجديده للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولأنه حق آدمي ، ولنا ما ذكر من قوله (أما الأولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلأن المقصد من إقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار) عن فعله في المستقبل (وإحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) والحدود تنذر بالشبهات بالإجماع . بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقنا بعدم انزجاره بالأول ، والجواب عما استدلل به أن الإجماع لما كان دلي على الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار بالتكرار الواقع بعد الحد الأول ، بل هذا ضروري فلذلك علمت أن المخاطب بالإقامة في قوله « فاجلدوهم » الأئمة ، ولا يتعلق بهم هذا الخطاب إلا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص إيجاب الحد إذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة ، فإذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لجلده مائة أو ثمانين ليس غير ، فإذا جلد ذلك وقع الامتناع ، ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرار بالتكرار فيما إذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فإنه لا يحلده مرتين ، وفي حد الزنا والشرب فالخلق أن الاستدلال له بالآية لا يلخصه فإنه ياجىء إلى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود إلى أن هذا حق آدمي . بخلاف الزنا فكان المبنى لإثبات أنه حق الله تعالى أو حق آدمي ، لما ذكر المصنف أخصص وأصوب . وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما) لاحتاجة إلى إلحاقه ، بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الأعراض ، فحيث أقم ثبتت شبهة إلى آخر ما ذكر ، وحق العبد في الخصومة فيه دين غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الأسباب عند الحاكم حيث يجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها ، فإن المقصود من حد الخمر صيانة العقول ، ومن حد الزنا صيانة الأنساب ، ومن حد القذف صيانة الأعراض ، وثبت كل بخطاب يخصه . فلو حددنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجه .

[فروع] ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفق عين رجل يبدأ بالقباصص في العين لأنه

متفرقة بأن قال يزايد أنت زان ويا عمرو أنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا ، وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب ، وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقلوب عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب ، وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحقوق .

محض حق العبد ، ثم إذا برئ أخرجه فحله للقتل لأنه مشوب بجهه ، فإذا برئ فالإمام بالخيار ، إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة ، لأن كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ، ويجعل حد الشرب آخرها فإنه أضعف لأنه بما لا يتلى ، وتقديم قول علي " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه " وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لأنه لو دخل سبيله ربما يهرب فيصير الإمام مضيقا بالحدود وهو منهي عن ذلك ، وإن كان حصصا أخص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجه ، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ماسوى ذلك . هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس . والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره ، وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد إلا أنه يضمن السرقة لو ألتفها لأنه يجب عليه بالأخذ ، وإنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بإيفائها من تركته ، ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ، ولكن القاضي إن أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية ، أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز ، ولا يستحلف في القذف إذا أنكره . ولا في شيء من الحدود لأنه يقضى بالنكول ، وهو ممتنع في الحدود لأن النكول إما بدل والبدل لا يكون في الحدود أو قائم مقام الإقرار ، والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره ، بخلاف التعزير والقصاص فإنه يستحلف على سببهما ، ويستحلف في السرقة لأجل المال ، فإن نكل ضمن المال ولا يقطع لأن حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة ، وعند نكوله يقضى بموجب الأخذ وهو الضمان . كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الأخذ فيضمن ولا يقطع ، وإذا أقام المقلوف بيته بالقذف سأعها القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لأن الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استسارهم ، فإن لم يزيلوا على قولهم قذفه لا يحد ، وإذا شهدوا أنه قال يراى وهم عدول حد ، فإن لم يعرف القاضي عدلهم حبس القاذف حتى يزكوا لأنه صار مشبها بارتكاب ما لا يحل من أعراض الناس فيحبس في هذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع إليه ولا تكفل في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول ، ولهذا يحبس أبو حنيفة ، وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل ، ولهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف أنه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص ، لأن النيابة لا تجزى في إيفائها ، والمقصود من الكفالة إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيفاء ، وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود . فاما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبي حنيفة إذا زعم المقلوف أن له بيته حاضرة في المصر فكل ذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلزمه إلى آخر المجلس . فإن أحضر بيته وإلا دخل سبيله ، وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام ، وقالا : حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد ، وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من إحضار الخصم لإقامة البينة عليه ، ولا ضرر فيه على المدعى عليه ، وأبو حنيفة يقول : هذا احتياط والحدود محتاط في درئها لا في إثباتها . وكان أبو بكر الرازي يقول : مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل ، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه نفسه مستحق عليه ، والكفيل في الكفالة بالنفس إنما يطلب بهذا القدر ، فأما إن أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يتم أحدا ولا يلزمه إلا إلى آخر المجلس ، فإن كان ظاهر العدالة حبسه إذا قال إن له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استرخسان ، وهذا كله عند أبي حنيفة

لأنه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود ، وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ، ولا يحبس لأن المقصود يحصل بذلك . ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يمنع قبول الشهادة لأنه إنشاء سبب موجب للحد : فالحنيفة يقول : القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الأول ، فلا يختلف بالقذف وإنشائه له ، وأبو حنيفة يقول : القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الأول ، فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق ، وهذا هو القياس في الإنشاء والإقرار ، إلا أني أستحسن هناك لأن حكم الإقرار بالقذف يخالف حكم الإنشاء ، بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ، ولو قذفها في الحال كان عليه العان ، ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لأن عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها ، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لست لأبيك ، ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أنه أقر أنه قذفه يوم الخميس لا يحد ، ولا يقبل في إثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ، ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بيته تصديق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعت إلى شهودك . وذكر ابن رستم عن محمد : إذا لم يكن له من يأتي بهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه . وفي ظاهر الرواية لم يفترق إلى هذا لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على الموقوف بتأخير دفع العار عنه ، وإلى آخر المجلس قليل لا يتصبر به كالتأخير إلى أن يحضر الجلاد . وعن أبي يوسف يستأنى به إلى المجلس الثاني لأن القذف موجب للحد بشرط عجزه عن إقامة أربعة والعجز لا يتحقق إلا بالإمهال ، كالمدعي عليه إذا ادعى طعنا في الشهود يمهل إلى المجلس الثاني . وجوابه ما قلنا ، وعرف أنه لا يقبل منه إلا أربعة ، فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة ، قال تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلسوهم - فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار الموقوف بالزنا يبرأ عن القاذف الحد . وعن الثلاثة لأن الثابت بالبيينة كالثابت بالمعاينة فكانا سمعنا إقراره بالزنا ، إلا أن المعتبر في الإقرار إسقاط الحد لإقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ، ولو زنى الموقوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراما على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لأن إحصان الموقوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد ، وكذا إذا خرس أو عته ولكن لا لزوال إحصانه بل يمكن شبهة أنه لو كان ناطقا صليحا ، ولا يلحق القاضي الشهود ما تم به شهادتهم في الحدود .

(جنس آخر) تقدم أن قوله أنت أزني من فلان أو أزني الناس لأحد عليه وهو من المبسوط . وفي فتاوى قاضيه خان قال : أنت أزني الناس أو أزني من فلان عليه الحد ، ولو قال أنت أزني مني لأحد عليه ، ولو قال لها يازانية فقالت أنت أزني مني حد الرجل وحده . ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك لأحد عليه ، وكذا لو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما أو فجر بك أو جامعك حراما لأحد عليه ، وكذا إذا قال أخبرت أنك زان أو أشبهت على ذلك ؛ ولو قال زنت وفلان معك يكون قاذفا لهما لأن العادة أن لامعية حال الزنا فانصرف إلى معية الفعل دون الحضور ، ومن قال لست لأبويك قاذفا وهو ظاهر لست لإنسان لست لرجل ليس قبطا . رجل قذف ولده أو ولد ولده لأحد عليه ، ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد . قال لرجل قل لفلان يازاني

فصل في التعزير

فإن قال الرسول للمرسَل إليه فلان يقول لك يازاني لاحد على الرسول ولا على المرسل ، وإن قال له يازاني حد الرسول خاصة . ولو قلقت ميتة فصدقه ابنها ليس له أن يطالب بقتله بعد ذلك ، ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لاحد عليه ، ولو قال لرجل يا ابني لاحد عليه لأنه تالطف . وكذا لو قال يا ابن النصراني أو يا ابن اليهودي . وفي الخلاصة عن مجموع النوازل : رجل قال في ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده ست لم يحد . لأنه ليس بإشارة إلى هذه الأفعال ، ولو قال ابن حه كرده است فكنكك لأنه لم يسمه ولم يكنه ، ولو قال ولا ابن حه كرده است يكون قذفا ، ومعنى الأول فعل الكل ، ومعنى الثاني فعل هذه كلها ، ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها . وفي الفتاوى : قال لرجلين أحدهما زان فقبل له هذا هو لأحدهما فقال لا لاحد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجبا ، ولو قال لجماعة كلكم زان إلا واحدا يجب عليه الحد لأن القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد أن يدعى مالم يعين المستثنى . ومن فروع تدانخل حد القذف ماذكروه المصنف في التجنيس : عبد قذف حرا فاعتق فقلد آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ، ولو جاء الأول فضرب أربعين . ثم جاء به الآخر تم له الثمانين لأن الأربعين وقع ثلثا بقي الباقي أربعين ، ولو قذف آخر قبل أن يأتي به الثاني تكون الثمانون هما جميعا ، ولا يضرب ثمانين مستأنفا لأن ما بقي تمامه حد الأحرار فجاز أن يدخل فيه الأحرار ، وهذا ما وعدناه ، ولو قال لامرأة ياروسى يحد ، ولو قال ياقبعة فإنه يعزّر .

(فصل في التعزير)

لما قدم الحد ود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي أوكد أتبعها التعزير الذى هو دونها في المقدار والدليل .

(فصل في التعزير)

(لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التى دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير ، وهو تأديب دون الحد ، وأصله من العز بمعنى الرد والردع ، والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير . قال في الفتاوى الظهيرية : اعلم أن التعزير قد يكون بالحسب وقد يكون بالصنع وتمريك الأذن ، وقد يكون بالكلام العنيف ، وقد يكون بالضرب ، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عيوس ، ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال ، وقد قيل روى عن أبي يوسف أن

(فصل في التعزير)

قال الإمام الشافعى في شرح الجامع الصغير في آخر باب القردة الذى يوجب الحد والذى لا يوجب : كل فى صنه الإمام ليس فوله إمام ما يوجب الحد فلا حد عليه لأن الاستيفاء إليه ولا يمكن أن يستوفى من نفسه ، واستيفاء نالیه عنه كاستيفاءه ، بخلاف القصاص وحقوق العباد لأن استيفاء ذلك إلل أربابها . وقال الشهيد : وحل هذا حد القذف ينتهى أن لا يجب حل الإمام لأن المذهب فيه حق الله تعالى . ذكر أبو اليسر : وهذا نوعان لا يمتنع ، حلل فى الثاني لأنه بالمدفوعى بانتهاك حرمه وهذا لا يمتنع وجوب الحد ، فإنه إذا رضى بقتله لا يمتنع وجوبه ولا يخاف من ولا يورث . وفي التحليل خلاف ، ثم ذكر وكان المذهب فيمسق البعد بدليل أنه لا يسقط بانتهاكها بالردة ويقتره القاضي بطله ، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار ، ويشترط فيه الدعوى ، ويقام على المستأنف ولا يقام للابن على الأب ولا يقول على عبده ، ويقدم استيفاء على حد الزنا وحرب الخمر ، فدل على أن المذهب حق البعد والأصول تشبه له . فإن سأل الله وسق البعد إذا اجتمعا يطلب حق البعد لحاجته ، غير أن الإمام يستوفيه دون القلوف وإن كان حقه ، لأنه لو قوض إليه أماله على أحد الوجوه عيظا فيقتله ، وهو كالتعزير

والتعزير تأديب دون الحد ، وأصله من العزr بمعنى الرد والردع . وهو مشروع بالكتاب ، قال الله تعالى - فظنوهن
واهمجروهن في المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا - أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهديبا .
وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام « لا ترفع عصاك عن أهلك » وروى « وأنه عليه الصلاة والسلام عزز رجلا قال
لغيره يا غثث . وفي المحيط : روى عنه عليه الصلاة والسلام قال « رحم الله امرأة علق سوطه حيث يراه أهله » وأقوى
من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام « لا يجلد فوق عشر إلا في حد » وسأيت . وقوله « واضربوهم على
تركها لعشر » في الصبيان ، فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة . وبالمعنى وهو أن الزجر عن الأفعال
السبئية كى لاتصير ملكات فيفحش ويستدرج إلى ما هو أفتح وأفحش فهو واجب . وذكر القمطاشي عن السرخسي
أنه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض إلى رأى القاضى ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فيه ، فهم
من يزجر بالصيحة ومنهم يحتاج إلى الطمعة وإلى الضرب ، ومنهم من يحتاج إلى الحبس . وفي الشافى : التعزير على
مراتب : تعزير أشرف الأشراف وهم العلماء والعلمية بالإعلام وهو أن يقول له القاضى بلغنى أنك تفعل كذا وكذا
فينجز به ، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والداةين بالإعلام والجبر إلى باب القاضى والخصومة في ذلك ، وتعزير
الأساطع وهم السوقة بالحر والحبس ، وتعزير الأنسة بهلما كله وبالضرب . وعن أبى يوسف : يجوز التعزير
للسلطان بأخذ المال ، وعندهما وباقى الأئمة الثلاثة لا يجوز . وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال
إن رأى القاضى ذلك ، أو الوالى جاز ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبنى على
اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبى يوسف . وقال القمطاشى : يجوز التعزير الذى يجب حقا لله تعالى لكل

التعزير من السلطان بأخذ المال جائز ، وذكر الإمام القمطاشى أن التعزير الذى يجب حقا لله تعالى يلى إقامته كل

أه حق العبد وإقامته للإمام ، بخلاف القصاص فإن الاستيفاء أولى لأنه مقدر ، وبخلاف الضرب الواجب حقا لله تعالى لأنه يلى إقامته كل أحد
بملة النيابة عن الله تعالى . ومثل المحدثين : رجل وجد رجلا مع امرأة يحمل له قتله ؟ قال : إن كان يعلم أنه يزجر عن الزنا بالصباح والضرب
بما دون السلاح لا . وإن علم أنه لا يزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن ظلمه المرأة حل له قتلها أيضا . قلت : وهذا تنصيص منه حل أن
الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن عتقا ، وكذا القتل . ثم وجدت للمسطة فى المتن من أبى يوسف ذلك ، لكن وشعها : وجد رجلا
مع امرأته أو مع محرر له أو مع جاريته . وفى نوادر ابن ساجع من عهد : رأى محبسا يترق جازله أن يريه ويقتله . وفى جامع قاضيهما فخر
الدين : فى باب من الشهادة فى الحفود أن الأصل فى كل شخص إذا رأى مسلما يترق أن يحل له قتله ، وإنما امتنع خوفا من أن يقتله ، ولا يصدر
فى قوله إنه يترق . وفى الشافى : ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لأنه حق الولاء وهم الذين يولون ذلك لأنهم الخلفاء فى الشرع . وله أن
يوزعها لأن التعزير تأديب فيما أن يله المولى . عاين القاضى رجلا يترق أو يضرب من يحد استصفا . ومن عهد عهد ، وهو القياس اختيارا
بساير الحقوق وجد القتل والقصاص . وجه الاستصفا الاستيفاء إلى القاضى ، والقاضى مندوب إلى الله بالخير لخصته التهمة فيما يستوفيه ولا
يستوفى . وفى مير بكر : إذا تم الإمام الأعظم أحد ينفوض إلى غيره إقامته لايقيم بنفسه ولا يتم . وفى أدب القاضى : القاضى إذا دل غيره
فى القضاء له وعليه جاز . ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضى المقلد الخليفة أو قاضى القضاة . وكلما قضاؤه لثابت بل هو ثابت
عن المسلمين ولهذا لا يبتذل بمرتبه ، فكل من تقبل شهادته له ينطق قضاؤه له وما لا فلا . وفى النظم : وكلما قضاؤه لثابت . وفى جمع التبيين :
لا ينطق قضاؤه للمقلد ، واستشهد بن تركل بنوهم ثم استغنى فيبقى لموكله فى تلك الحادثة لم يجر لأنه قاض لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضى . قال :
وقمت هذه الحادثة لقاضى القضاء المروى فقال لى : يجب أن يجوز لأن نائبى يعمل للشرع لا لى ، فقلت : حل أنت إذا بتسلك لنفسك فأنت
نائب الشرع فاقطع ، فالوجه لى ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصا إليه فيبقى أن يحكما
واسعلا (هـ) قوله وقيل روى عن أبى يوسف إلى قوله (جائز) أقول : قال الزاهد فى شرح القمطاشى : فى بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية
أخذ المال . وأرى أن يأخذها ويمسكها ، فإن أيس من توبتهم يعصرها إلى ما يرى . فط التعزير بأخذ المال كان فى ابتداء الإسلام ، ثم
نسخ له المرد . قوله شط شرح القمطاشى (قوله وذكر الإمام القمطاشى) أقول : فى باب الرطة الذى يوجب الجلب .

(ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر)

أحد بعلة النياية عن الله . وسئل أبو جعفر المندلاني عن وجد رجل مع امرأة يحمل له قتله ؟ قال : إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصباح والضرب بما دون السلاح لا يقطعه ، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن طارعه المرأة يحمل قتلها أيضاً . وهذا تخصيص على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محسباً ، وصرح في المتن بذلك ، وهذا لأنه من باب إزالة المنكر باليد ، والشارع ولي كل أحد ذلك حيث قال « من رأى منكماً منكراً فليغيره بيده » ، فإن لم يستطع فبلسانه ، الحديث ، بخلاف الخلود فإنها لم تثبت توليتها إلا للولاة ، وبخلاف التعزير الذي يجب حقاً للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لا يقيمها إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه ، ثم التعزير فيها شرع فيه التعزير إذا رآه الإمام واجب وهو قول مالك وأحمد . وعند الشافعي ليس بواجب لما روى أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال « إني لقيت امرأة فأصابت منها مادون أن أطأها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أصليت معنا ؟ قال نعم ، ففلا عليه - إن الحسنات يذهبن السيئات - » وقال في الأنصار : « أقولوا من عمتهم ونجاوزوا عن مسيئهم » وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقى أرضه فلم يوافق غرضه « أن كان ابن عتلك . فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره . » ولنا أن ما كان منصوباً عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه وما لم يكن منصوباً عليه إذا رأى الإمام بعد حجابته هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحكم . وما علم أنه ينزجر بدونه لا يجب وهو يحمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فإنه لم يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم إلا وهو نادم منزجر ، لأن ذكره له ليس إلا للاستعلام بموجبه ليفعل معه . وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه . وفي فتاوى قاضيهان : التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجرى فيه العيمين : يعني إذا أنكرك أنه سبه يحلف ويقضي بالنكول ، ولا يفتى على أحد أنه يتقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله ، فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر . وأما ما وجب منه حقاً لله تعالى فقد ذكرنا أن نفاً أنه يجب على الإمام ، ولا يحمل له تركه إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز إثباته بحدّ شهد به فيكون مدعيها شاهداً إذا كان معه آخر . فإن قلت : في فتاوى قاضيهان وغيره : إن كان المدعي عليه ذا مروعة وكان أول ما فعل يوعظ استحصاناً فلا يعزّر ، فإن عاد وتكرر منه روى عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى ، فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير . قلت : يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة ، لأنه إذا كان ذا مروعة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطاً لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير . وقوله ولا يعزّر : يعني بالضرب في أول مرة ، فإن عاد عزّره حينئذ بالضرب ، ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو بمن يكون تعزيره بما ذكرنا . وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس : إذا كان له مروعة وعظ . وإن كان دون ذلك خيس ، وإن كان سبياً ضرب وحبس : يعني الذي دون ذلك ، والمروعة عنتني في البين والصلاخ (قوله ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر) بالإجماع إلا على قول داود في العبد فإنه يحد به ، وقول ابن المسيب في النمية التي لها ولد مسلم قال : يحد به ،

أحد بعلة النياية عن الله تعالى . وقوله (ومن قذف عبداً أو أمة) ظاهر .

لأنه جناية قذف ، وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان فوجب التعزير (وكذا إذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق أو ياكافر أو ياحييت أو يامارق) لأنه آذاه وألحق الشين به . ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير ، إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى لأنه من جنس ما يجب به الحد . وفي الثانية : الرأى إلى الإمام (ولو قال ياحمار أو ياختزير لم يعزّر) لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بغيره . وقيل في عرفنا يعزّر لأنه بعد شيئا . وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزّر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزّر .

وإنما عزّر (لأنه) أى هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الإحصان فوجب التعزير وكذا إذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق أو ياكافر أو ياحييت أو يامارق) ومثله بالصل أو يافاجر أو يازنديق أو يامقبوح يا ابن القحبة ياقرطبان يامن بعمل قوم لوط أو يالوطى أو قال أنت تلعب بالصبيان يا أكل الربا يا شارب الخمر ياديوث ياعنث ياعائن يا مأوى الزواني يا مأوى اللصوص يامنافق يايهودى عزّر هكذا مطلقا في فتاوى قاضيهخان . وذكره النافى وقيدته بما إذا قال لرجل صالح ، أما لو قال لفاستق يافاسق أو للصل بالصل أو للقاجر يافاجر لا شيء عليه ، والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين ، فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه ، أما من علم فإن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل . وقيل في يالوطى يسأل عن نيته إن أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شيء عليه . وإن أراد أنه يعمل عملهم عزّر على قول أى حنيفة وعندهما جيد ، والصحيح أنه يعزّر إن كان في غضب ، قلت : أو عزل عن تعود بالهزل بالقبيح . ولو قذفه بإتيان ميتة أو بهيمة عزّر . قال المصنف (إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى) وهو ما إذا قذف غير المحصن بالزنا (لأنه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرأى بالزنا (وفي الثانية) وهو ما إذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأى إلى الإمام) (قوله ولو قال ياحمار أو ياختزير لم يعزّر) لأنه لم ينسبه إلى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا ، بل إنما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ، ومثله يابقر ياثور ياحية ياتيس ياقرد ياذب ياحجام يابغاه ياولد حرام ياعيار ياناكس يانكوس يافرة ياضحكة ياكشحان يابلّه يا ابن الحجام وأبوه ليس يهجم يا ابن الأسود وأبوه ليس كذلك ياكلب يارستاق يامؤاجر ياموسوس لم يعزّر . والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزّر في الكشحان إذ قيل إنه قريب من معنى القرطبان والديوث ، والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذى ينخل الرجال على أمراته ، ومثله في ديار مصر والشام المعزّص والقواد ، وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة ، واختار الهندواى أنه يعزّر به وهو قول الأئمة الثلاثة لأن هذه الألفاظ تذكر للشيعة في عرفنا . وفي فتاوى قاضيهخان في ياكلب لا يعزّر . قال : وعن الفقيه أبى جعفر أنه يعزّر لأنه بعد شيعة ثم قال : والصحيح أنه لا يعزّر لأنه كاذب قطعا انتهى . وفي المبسوط : فإن العرب لا تعتد شيعة ولهذا يسمون بكلب وذئب . وذكر قاضيهخان عن أمالى أبى يوسف في ياختزير ياحمار يعزّر ، ثم قال : وفي رواية لحمد لا يعزّر ، وهو الصحيح ، والمصنف استحسن التعزير إذا كان مخاطب من الأشراف فتحصلت ثلاثة : المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزّر مطلقا ، وختار الهندواى يعزّر مطلقا . والمفصل بين كون مخاطب من الأشراف فيعزّر قاله

وقوله (في الجناية الأولى) يعنى ما إذا قذف عبدا أو أمة أو أم ولد بالزنا (لأنه) أى القذف بالزنا (من جنس ما يجب فيه الحد) وقوله (في الثانية) يعنى قوله يافاسق الخ . وقوله (لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بغيره) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لأن كل أحد يعلم أنه آدمى ، وأن القاذف كاذب ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ حلفا في غير أحد فهو من المعتدين » نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو النعاج . وأما ما يجرى على ألسنة الفقهاء من التشثيل إن

وهذا أحسن . والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات . وقال أبو يوسف : يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » وإذا تعدر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا . وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه ، وهو قول زفر وهو القياس ، وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي فقلده ،

أو لا فلا ، ويعزر في مقام وفي قنر ، قيل وفي بليد وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزروا به (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) عند أبي حنيفة (ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا : والأصل) في نقصه عن المحدث (قوله عليه الصلاة والسلام « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ») ذكر البيهقي أن المحفوظ أنه مرسل ، وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ، ورواه ابن ناجية في فوائده : حدثنا محمد بن حصين الأصبحي ، حدثنا عمر بن علي المقدسي ، حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بلغ الحد » ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا فقال : أخبرنا مسعر بن كدام قال : أخبرني أبو الوليد ابن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بلغ الحد » والمروسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم ، وإذا لزم أن لا يبلغ به حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى صرافة عموم النكرة في النفي فصرفاه إليه فنحاه عن حد الأرقاء لأن الأرقاء يصدق عليها حد فلا يبلغ إليهما بالنص المذكور ، خصوصا والمحل محل احتياط في الدرر (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية ثم نقص سوطا في رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لأنه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من أفراد المسكوت عن النبي عنه ، وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون . قيل وليس فيه معنى معقول . وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر في تعزير رجل بتسعة وسبعين ، وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه . فنقد خمسة عشر ولم يعقد للأربعة الأخيرة لنقصانها عن الخمسة فظل الذي كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين ، وإنما أمر بتسعة وسبعين ، قال : وروى مثله عن عمر : يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح . ونقل عن أبي الليث قال :

صح فعل حذف المفعول الأول ، والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد ، وفي نبوة تعرف بالتأمل الصحيح ، وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين (فإذا تعدر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد) وهو حد العبد في القذف (فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لأن من اعتبر حد الأحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد ، والتعزير في الحديث ينافية . ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو أن البلوغ إلى تمام الحد تعدر وليس بعده قنر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصير إلى أقل ما يمكن للثيقن به نظيره وقت الصلاة ، فإن الكل لما لم يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزء معين صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يميز ، وكلامه واضح .

(قوله والتقدير من بلغ التعزير الحد) أقول : هو كلام صاحب النهاية (قوله فصرفاه إليه وذلك أربعون الحد) أقول : لقيت قال الإثنان : قوله فصرفاه إليه : أي صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير إلى أدنى الحد فنقصا منه سوطا . تراووجه أن يقال : أي صرفا الحد المذكور في الحديث إلى أدنى الحد (قوله والتعزير في الحديث ينافية) أقول : المطلق قد ينصرف إلى الكامل كما بين في علم الأصول ، وقوله والتعزير ينافية ممنوع .

ثم قدر الأذى في الكتاب بثلاث جلدات لأن مادونها لا يقع به الزجر . وذكر مشايخنا أن أذناه على ما يراه الإمام فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس .

قبل إن أبيوسف أخذ النصف من حد الأحرار وأكثره مائة . والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون . ومنع صحة اعتبار هذا الأخذ وهو لا يضره بعد أن أثره على عليّ كما ذكر في الكتاب من أنه قلد عليا فيه ، وكونه لا يعمل بؤكده . إذ الغرض أن ما لا يدرك بالرأى يجب تقليد الصحابي فيه ، وإعنا يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال أهل الحديث أنه غريب ، ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى ، وبقولنا قال الشافعي في الحرّ ، وقال في العبد تسعة عشر لأن حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الأحرار أربعون . وقال مالك : لأحد لأكثره ، فيجوز للإمام أن يزيد في التزجير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجانباً لهوى النفس ؛ لما روى أنمن بن زائدة ٧ عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا . فبلغ عمر ذلك فضر به مائة وحبس ، فكلم فيه فضر به مائة أخرى : فكلم فيه فضر به مائة وفاه . وروى الإمام أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرًا في رمضان فضر به ثمانين للشرب وعشرين سوطاً لقطره في رمضان . ولنا الحديث المذكور . ولأن العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا ، وحديث ممن يحتمل أن له ذنباً كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها لتزويره وأخذ مال بيت المال بغير حقه وفتح باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها ، وحديث النجاشي ظاهر أن لا احتجاج فيه ، فإنه نص على أن ضربه العشرين فوق الثمانين لقطره في رمضان ، وقد نصت على أنه لهذا المعنى أيضاً الرواية الأخرى القائلة إن علياً أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضر به ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين ، وقال : ضربك العشرين بجرأتك على الله تعالى وإفطارك في رمضان ، فأين الزيادة في التزجير على الحد في هذا الحديث . وعن أحمد لا يزداد على عشرة أسواط ، وعليه حل بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله : إذا صبح الحديث فهو مذهبي ، وقد صبح عنه عليه الصلاة والسلام في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي بردة أنه قال : لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله ، وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير إنكار أحد . وكتب عمر إلى أبي موسى رضي الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً ، ويروى ثلاثين إلى الأربعين . وبما ذكرنا من تقدير أكثره بقسمة وثلاثين يعرف أن ما ذكره ما تقدم من أنه ليس في التزجير شيء مقدر بل مفوض إلى رأى الإمام : أي من أنواعه ، فإنه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره ، أما إن اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين (قوله ثم قدر الأذى في الكتاب) يعني القدوري (بثلاث جلدات ، لأن مادونها لا يقع به الزجر ، وذكر مشايخنا أن أذناه على ما يراه الإمام بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري إنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به ، وبه صرح في الخلاصة فقال : واختيار التزجير إلى القاضي من واحد إلى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري إنه إذا وجب التزجير بنوع الضرب فرأى الإمام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة ، لأنه حيث وجب التزجير بالضرب فأقل ما يلزم أقله إذ ليس وراء الأكل شيء وأقله ثلاثة ، ثم يقتضى أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت العشرين أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه . فلو رأى أنه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التزجير فإنه

وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه، فيقرب المس والقبلة من حد الزنا، والقلذف بغير الزنا من حد القذف. قال (وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) لأنه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم إليه، ولهذا لم يشرع في التعزير بالهبة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير.

أقل ما يجب منه في ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لا يئزجر إلا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الأكثر فقط. نعم يبطل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه أنه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالس والقبلة للأجنبية والوطء فيها دون الفرج من حد الزنا والرأى بغير الزنا من المعاصي من حد القذف، وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل: معناه يعزّر في اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير، ويعزّر في قوله نحو يا كافر ويأخيبت أقل جلدات التعزير، لكن في فتاوى قاضيه خان أن أسباب التعزير إن كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير، وإن كان من جنس مالا يجب به حد القذف لا يجب أقصاه فيكون مفضا إلى رأى الإمام (قوله وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا يئزجر بها أو هو في شك من الزجاره بها يضم إليه الحبس (لأن الحبس صلح تعزيرا) بانفراده حتى لو رأى الإمام أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة له فعل، ذكره في الفتاوى وغيرها، وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفى به (وقد ورد به الشرع في الجملة) وهو ماسلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في هبة (فجاز أن يضمه) إذا شك في لزومه جاز به (قوله ولهذا) أى ولأن الحبس بمفرده يقع تعزيرا تاما (لم يشرع بالهبة قبل ثبوته) أى لم يشرع الحبس بهبة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود؛ ولهذا لأنه إذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ماشهدوا به، فلو حبس قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته، بخلاف الحد، لأنه إذا شهدوا بموجبه

وقوله (فيقرب للمس والقبلة من حد الزنا) يعنى فيكون فيه أكثر الجلدات. وقوله (والقذف بغير الزنا من حد القذف) يعنى فيكون فيه أقل الجلدات. وقوله (لأنه) يعنى الحبس (صلح تعزيرا) وقوله (وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير (وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالهبة) لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير: أى لم يشرع الحبس بسبب الهبة في الشيء الذى يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يافاسق أو يا كافر فلا يحبس منهم قبل تعديل الشهود. وفي فصل الحد يحبس بالهبة لأن باب الحد شيئا آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز أن يحبس في هبته لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى. وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالهبة لأن أقصى عقوبة الحبس، فلو حبس بالهبة فيها لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو ما يبابه الشرع، ولما لم يشرع الحبس عند هبة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير، إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند هبة موجب التعزير كما يحبس عند هبة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك، كما أن للإمام الرأى

قال (وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يودى إلى فوات المقصود ، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال (ثم حد الزنا) لأنه ثابت بالكتاب ، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن به (ثم حد القذف) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التخليط من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث

ولم يعدلوا حبس ، لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للهمة (قوله وأشد الضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يودى إلى فوات المقصود) من الانزجار (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) لجرىان التخفيف فيه من حيث العدد. وذكر في المحيط أن عمدا ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء. وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد ، وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جاع المتاع قبل الإخراج ، وإذا بلغ غاية التعزير فرق على الأعضاء وإلا أفسد العضو لموالة الضرب الشديد الكثير عليه. وموضوع ما في الأشربة ما إذا عزر أثنى التعزير كثلاثة ونحوها ، وإذا حد عددا يسيرا فالإقامة في موضع واحد لا تضده ، وتقرئها أيضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد ، وعلى هذا فعنى شدة الضرب قوته لاجمعه في عضو واحد كما قيل إذا صح أنه لا يجمع في عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلى التعزير في الشدة (لأنه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو إتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لأنه ثبت بإجماع الصحابة لكن لا يلى في القرآن ، وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقرر على ما تقدم (ولأن سببه متيقن) فيكون سببته لاشبهة فيها ، والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لأنه بالبين أو الإقرار وهما لا يوجبان اليقين . فإن قيل : فيقيد أنه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو أن الثابت بهما كالثابت بالمعانة . قلنا : كذلك القذف يثبت بالبين أو الإقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما ، بخلاف القذف لأن سببه باعتبار كونه فرية وبالبين لا يتيقن بذلك لحواز صدقه فيما نسب إليه (ولأنه جرى فيه التخليط يرد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث

في تقدير الضربات فلكذلك في ضم الحبس إلى الضرب . قال : وأشد الضرب التعزير . قال الحاكم في الكافي : وضرب التعزير أشد من ضرب الزانى ، وضرب الزانى أشد من ضرب الشارب ، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف ، وضرب القاذف أخف من جميع ذلك ، وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانيا في وصفه كى لا يودى إلى فوات المقصود) وهو الزجر . واختلف المشايخ في شدته ، قال في شرح الطحاوى : قال بعضهم : هو الجمع في عضو واحد يجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء ، بخلاف سائر الحدود . وقال بعضهم : لا يلى شدته في الضرب لاقى الجمع ، ويدل على ذلك ما روى أبو حنيفة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة رضى الله عنها فضربه عمر رضى الله عنه ثلاثين سوطا كلها يوضع ويحذر : أى يشق ويؤرم . ومعلوم أن عمر رضى الله عنه ضربه بطريق التعزير ، ولعل المصنف رحمه الله اختياره يشير إليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء ، فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه . وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر .

(قال المصنف: ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) أقول : قال صاحب الكافي في حدود الأصل: يفرق التعزير على الأعضاء .

الوصف (ومن حدة الإمام أو عزّره فأت قدمه هدر) لأنه فعل ماضٍ بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يقتضي بشرط السلامة كالفساد والبزاخ ، بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته لأنه مطلق فيه ، والإطلاقات تنهتد بشرط السلامة كالمرور في الطريق . وقال الشافعي : تجب الدية في بيت المال لأن الإلتلاف خطأ فيه ، إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالم . قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان .

الوصف (وهو شدّة الضرب ، ولأن الشرب ينتظم القذف كما قال علي رضي الله عنه : إذا شرب هذى وإذا هذى اهرى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظراً إلى المظنة فلا يغلظ بالشدّة ، فأشدها التعزير وأخفها حد القذف . وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير . وقال مالك : الكل سواء لأن المقصود من الكل واحد . ثم ذكر في المبسوط بأنه يحد ويعزّر في إزار واحد . وفي فتاوى قاضيخان : يضرب في التعزير قائماً عليه ثيابه ، وينزع الحشو والقرى ولا يحد في التعزير (قوله ومن حده الإمام أو عزّره فأت قدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد . وقال الشافعي رحمه الله : يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لم عليهم ، وفي قول علي عاقلة الإمام لأن أصل التعزير غير واجب عليه ، ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحاً فيقتد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته ، وهذا يخصّ التعزير ونحن نقول : إن الإمام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الإزجار له في التعزير بحق الله تعالى (وفعل المأمور لا يقتضي بشرط السلامة كما في الفساد) لأنه لا بد له من الفعل ولا عوقب ، والسلامة خارجة عن وسعه ، إذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب ، وهو بين أن يبلغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه ، أو يفعل ما يقع زاجراً وهو ما هو مؤمّر زاجراً ، وقد يتفق أن يموت

وقوله (ومن حده الإمام أو عزّره فأت قدمه هدر) ذكر مستثنين : إحداهما مبنية على الأمر وهو لا يقتضي السلامة في إتيان المأمور به ، والأخرى على الإطلاق وهو نقيضها . والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به وهو من الإثباتات وهي لا تخيل التعليق بالشروط لأنه حينئذ يشبه القمار ، ولأنه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالأمر فيأتي المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لأنه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور في ضرب الوجوب ، وأما الإطلاق فإسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيقتد بوصف السلامة ، ولأن الفعل المطلق في اختيار فاعله لأنه حق الفاعل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فينبغي أن يقتد بوصف السلامة لأنه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق (وقال الشافعي في التعزير : تجب الدية في بيت المال لأن الإلتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالم . قلنا : إنه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان) والله أعلم .

وفي أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد ، وليس في المسئلة اختلاف الروايتين ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع . فوضع الأول إذا بلغ التعزير أقصاه بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جعّ لتفاح قبل الإخراج . وموضع الثاني إذا لم يبلغ أقصاه بأن كان فيما حدّين للمرضعين أم . وفي فتاوى الإمام الترمذاني في التعزير : لا يفرق للضربات لأنه قليل ، ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الإلية . وفي المتن : قالوا هذا في أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط ، وأما في أقصاه فيفرق أم (قال المصنف : ومن حده الإمام أو عزّره فأت قدمه هدر) أقول : يقال ذهب دمه هوا ، أي باطلا . وأعلم أن هذا ينبغي أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر في باب الشهادة على الزنا من أنها غرماً بيت المال لو مات من الجلد (قال المصنف : في بيت المال) أقول : وفي قول آخر من ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا (قال المصنف : من غير واسطة) أقول : أي من غير واسطة جلد الجلد فلا يكون الإلتلاف خطأ منه (قوله وأما الإطلاق فإسقاط) أقول : الإطلاق رفع القيد .

كتاب السرقة

الإنسان به فلا يتصور الأمر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه، بخلاف المباحات فإنها رفع الجناح في الفعل وإطلاقه، وهو غير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصيح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن إذا عزر أمرأته فانت لأنه مباح ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به. وذكر الحاكم أنه لا يضرب أمرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه: وكذا المعلم إذا أدب الصبي فانت منه يضمن عندنا والشافعي، أما لو جامع زوجته فانت أو أفضاها لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فيقتيد بشرط السلامة لأنه ضمن المهر بذلك الجماع؛ فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد. [تمتة] الأولى للإنسان فيها إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه، قالوا: لو قال له يا غييث الأحسن أن يكف عنه، ولورفع إلى القاضي ليؤديه يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس، وإذا أساء العبد الأدب حل لولاه تأديبه وكذا الزوجة. وفي فتاوى القاضي: من يتهم بالقتل والسرقة يجلس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، وفيها عن أبي يوسف: إذا كان يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلاة يجلس ويؤدب ثم يخرج، والساحر إذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته، وإن لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردنها، وإن كانت المرتدة لا تقتل عندنا، لكن الساحرة تقتل بالأثر، وهو ماروي عن عمر أنه كتب إلى عماله اقتلوا الساحر والساحرة، زاد في فتاوى قاضيه خان. وإن كان يستعمل السحر ويبيح ولا يدري كيف يقول فإن هذا الساحر يقتل إذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته. وفي الفتاوى: رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا محر ويحكم بارتداده ويقتل. قال في الخلاصة: هكذا ذكره القاضي مطلقا، وهو محمول على ما إذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى. وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل، وعلى هذا التقدير: أعنى عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويجلس حتى يحدث توبة. وهل تحمل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المناكير لأبيه؟ قالوا: إن وقع في قلبه أن أباه يقدر أن يغفر على ابنه يحل له أن يكتب إليه، وإن لم يقع في قلبه لا يكتب، وكذا بين الرجل وزوجه وبين السلطان والرعية، ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ومن معه ركوة خر، والمقطر في نهار رمضان يعزر ويجلس، والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الزبا يعزر ويجلس، وكذا المعنى والخفت والثامعة يعزرون ويجلسون حتى يحدوا توبة، وكذا المسلم إذا شتم الذي يعزر لأنه ارتكب فعصية، ومن يتهم بالقتل والسرقة يجلس ويخلد في السجن إلى أن تظهر التوبة، وكذا يسجن من قيل أجنبية أو عاتقها أو مسها بشهوة، والله أعلم.

(كتاب السرقة)

لما كان المقصود من الحدود الأتراجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي في ترتيبها

(كتاب السرقة)

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الأموال،

(كتاب السرقة)

(قوله لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول: أراد بصيانة النفوس ما يشمل سيالة العقول والأعراض أيضا،

السرقه في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى - إلا من استرق السمع - وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك ببيان إن شاء الله تعالى . والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير ،

في التعليم ترتب أسبابها في المفاسد ، كما كانت مقصدته أعظم يقدم على ما هو أخف لأن تعليمه وتعلمه أهم . وأعظم المفاسد ما يؤدى إلى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ، ويليهِ ما يؤدى إلى فوات العقل وهو الشرب لأنه كفوات النفس من حيث أن عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ، ويليهِ ما يؤدى إلى إفساد المرض وهو القذف فإنه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرًا قبيحًا ، ويليهِ ما يؤدى إلى إتلاف المال فإنه الأمر المخلوق وقاية للنفس والمرض فكان آخرًا فأخوه . وللسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب ، وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ، ومنه استراق السمع وهو أن يستمع مستخفيا . وفي الشريعة هي هذا أيضا ، وإنما زيد على مفهومها قيود في إناطة حكم شرعي بها ، إذ لاشك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي ، فإذا قبل السرقة الشرعية الأخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن ، بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية ممن هو متصد للمحفظ مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة ، وتعمم الشبهة في التأويل قيل : فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة . والتقل خلاف الأصل لا يصار إليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الأصوليين ، وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضى ، والقطع بأنها للأفعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال إنها في الشرع للحداء والأفعال شرط قبوله . والقرض أنه لا يتبادر الدعاء قط . وهذا وسياق في السارق من السارق بخلاف (قوله والمعنى اللغوي) يعنى الخفية (مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء) وذلك في سرقة التهاير في المصر (أو ابتداء لا غير) وهي في سرقة الليل ، فلذا إذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاومة ممن في يده قطع به

لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال ، والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب ، وقوله تعالى - إلا من استرق السمع - معناه استمع إليه على وجه الخفية . وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال : السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزًا للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوي) وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية : أعلم أن

فإن الأول صيانة جزئها ، والثاني صيانة ما يصل بها فإنه صيانة ماء الوجه (قوله لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول : لأن المال وقاية للنفس ، فإن الله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا . وقال الشاعر :

أصون مرضي مما لا أدينه
لا يهلك الله بعد العرض في المال

(قوله وقوله وقد زيدت عليه ، إلى قوله : أن يقال السرقة الخ) أقول : هنا نوع مساعة في العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول : حله هي السرقة التي توجب القطع ، ولا تفرقة ما دون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا ، فإن لمجد إذا نرق ما دون النصاب يرد على باله بسبب السرقة ولا يقطع ، كذا في الخلاصة وغيرها (قوله محرز للتمول الخ) أقول : استراخ من سرقة المصنف وصحيفة الحديث ومحاسن العربية والشعر ، فإن المصنف وكسب الحديث يستخران لقراءة لا لقصود ، وكذا غيره لا يقصد به التمر بل معرفة الحكم والأحكام (قوله غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل) أقول : استراخ من أخذ صاحب الحق خلاف جيب حقه إذا قلل أعيدت لأجل سرق فإنه

كما إذا نهب الجدار على الاستسار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار . وفي الكبرى : أحنى قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصلي لحفظ الطريق بأعوانه . وفي الصغرى : مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه ، قال (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب القطع) والأصل فيه قوله

للاكتفاء بالخفية الأولى ، وإذا كابره في المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وإن كان دخل خفية ، والقياس كذلك في الليل ، لكن يقطع إذ غالب السرقات في الليل تصوير مغالية إذ قليلا ما يخفى في الدخول والأخذ بالكلفة ، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله والاصل لا يعلم كونه فيها أو يعلمه الاصل وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ، ولو علما لا يقطع . ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية معتبرة في الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركبتا نفس الأخذ المأثور . وأما شرط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل (قوله وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب القطع . والأصل في وجوب القطع قوله

ما نقله الشارع إلينا على ثلاثة أقسام : أحدها مأهو المقرر على ما أنبأنا به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى - وجاء إخوة يوسف - ولما جهزهم ببجهازهم - والثاني ما هو المعلول عما أنبأنا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم ، فإن الصلاة شرعا عبارة عن الأركان المعهودة وليس لما إنباء لغوى وكذلك في غيرها . والثالث ما أنبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرناه ، وفيه نظر لأن الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقرر في الشرع مع زيادة أوصاف . وكذلك الصوم هو الإمساك والزكاة هو التمام والحج هو القصد . والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف . ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المصالحين وقوله (كما إذا نهب الجدار على الاستسار) نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الأول لظهوره ، وكان القياس أن لا يقطع فيما إذا نهب الجدار على الاستسار وأخذ المال من المالك مكابرة : أي مقاتلة بسلاح لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسار . والخفية إن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالية لكنهم استحسبوا وقالوا بوجوب القطع لأنهم لو اعتبروا الخفية وقت الأخذ لامتنع القطع في أكثر السرقات لأن أكثرها في الليالي يصير مغالية في الانتهاء لأنه وقت لا يلقح الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لاشبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله

أخذه تعالى (قوله فإن الصلاة شرعا عبارة إلخ) أقول : قال العلامة فخر الدين الزيلعي في أول كتاب الصلاة : الصلاة في اللغة المالية المعاد ، قال الله تعالى - وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم - أي ادع لهم ، وإنما على بلى باعتبار لفظ الصلاة . وفي الشرع عبارة عن الأفعال المخصوصة المعهودة ، وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تقوى لا تقلا . وفي النهاية والظاهر أنها متقولة لوجودها بغيره في الأثر الجسدي . وفيه تأمل ، فإن النابة متقولة إلى ذوات القوائم الأربع مع وجود المعنى الأصل فيها (قوله والثالث ما أنبأ به مقرر إلخ) أقول : أي ما أنبأ به اللغة (قوله وهي مقرر في الشرع) أقول : فيه أن الصلاة ليس يلزم أن يشتمل على معنى الدعاء كما في الآية (قوله وإن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ) أقول : فكان فيه شبهة العلم والحدود تتدرج بالشبهات (قال المصنف : وإذا سرق العاقل البالغ إلخ) أقول : قال في التكرار : السرقة أخذ مكلف خفية قدر حشره دراهم مضروبة بحرزه أو حافظه الجسدي . قال العلامة الزيلعي في شرحه : قوله مضروبة إشارة إلى أنه إذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر فقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع ، بخلاف المذهب حيث يصح

تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجنائية لا تتحقق دونهما والقطع جزء الجنائية ، ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تنفّر في الخير ، وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيها يغلب ، والتقدير بعشرة دراهم مذهبن . وعند الشافعي التقدير بربع دينار . وعند مالك رحمه الله تعالى عليه بثلاثة دراهم . لما أن القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان إلا في ثمن الخن ، وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل المتيقن به أولى ،

تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجنائية لا تتحقق دونهما لأنها بالخالف والمخالفة فرع تماق الخطاب (قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف في أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لابد من مقدار معين لا يقطع في أقل منه ، فقال بالأول الحسن البصري وداود والخوارزمي وابن بنت الشافعي لإطلاق الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله السارق يسرق الخبل فتقطع يده ، ويسرق البيضة فتقطع يده « متفق عليه . ومن سرق مؤلّا من فقهاء الأمصار . وعلماء الأقطار على أنه لا يقطع إلا بمال مقدّر لقوله عليه الصلاة والسلام : لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا « متفق عليه ، فإز في الأول التأويل بالخبل المسمى يبلغ عشرة دراهم ، وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسخ ، ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ مارويم . قلنا : لا تاريخ ، بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور ، فإن مثله في باب الخلود متعين عند التعارض ، ثم قد نقل لإجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد إطلاق الآية وبالعقل ، وهو أن الخفير مطلقا تنفّر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كسبة قمح وهو بما يشمل إطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) بأخذه (ركن السرقة) وهو الأخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لأنها فيها يغلب) فإن مالا يغلب لا يحتاج إلى شرع الزجر لأنه لا يتعامل فلا حاجة إلى الزجر عنه ، فهذا مخصص عقل بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالإجماع . ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه ، فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين إلى أنه عشرة دراهم ، وذهب الشافعي إلى أنه ربع دينار ، وذهب مالك وأحمد إلى أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لما روى من مالك في موطنه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان أربعة فأمر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف التي عشر بدينار فقطع عثمان يده . قال مالك : أحب ما يجب فيه القطع إلى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف

تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - (فإن الحكم إذا ترتب على صفة كان مصدرها عنه كما عرفت ، والآية كما ترى عام ، لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لأنه خطاب الشرع فهو تكليف ، ولا تكليف إلا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتتحقق الجنائية المستلزمة للجزاء . وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الأمصار . وأما أصحاب الظواهر فلا يعبرون بالنصاب وهو منقول عن الحسن البصري رضي الله عنه مستدلا بظاهر الآية ، فإنه ليس فيه ما يدل على النصاب أصلا ، بخلاف كونه مالا محرزاً فإن لفظ السرقة يدل على ذلك ، لأن أخذ المباح يسمى اصطيدا أو احتطابا لاسرقة ، وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ . وقلنا : معنى اسم السارق يدل على خطئ المأخوذ لأنه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد

جميلهما . وافرق بينهما أن المجرّد تدرأ بالشبهات فيصلق بالكمال والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيهما كان ، وعلى هذا أوال الفضة أو الزئوف إذا سرق ما وزنها عشرة وحبها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع التمس . وأنت خير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليأمل ، فإنه يقال ذلك فيما إذا لم يكن المسروق من جنس الدرهم وإلا فيصعق الشبهة (قوله لأنه خطاب الشرع إلخ) أقول : فيه أن الخطاب للامنة لا لسارق (قوله لأنه مشتق) أقول : بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة إلخ) أقول : لعل غلّا مخالطة .

فإن الشافعي رحمه الله يقول : كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها . ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد . وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دائرة للحد ، وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تقطع إلا في دينار ، أو عشرة دراهم »

أو اتضع ، وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام قطع في عین قيمته ثلاثة دراهم ، وعثمان قطع في أربعة قيمتها ثلاثة دراهم ، وهذا أحب ما سمعت إلى انتهى . وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في عین قيمته ثلاثة دراهم . أخرجه الشيخان . وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا » (غير أن الشافعي يقول : كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام « اقطعوا في ربع دينار ، ولا تقطعوا فيها هو أدنى من ذلك » وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم . وقد ظهر أن المراد بما ذكر المصنف من قوله أن القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان إلا في ثمن المجن أنه ما كان إلا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي أن المسروق كان نفس ثمنه فقطع به لإذ ليس كذلك . بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد) فعرف أنه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر ، ويريد بذلك حديث أبين ، رواه الحاكم في المستدرک عن مجاهد عن أبين قال : لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن المجن ، وثمنه يومئذ دينار . وسكت عنه . ونقل عن الشافعي أنه قال ل محمد بن الحسن رضي الله عنه : هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع في ربع دينار فصاعدا ، فكيف قلت : لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم فصاعدا ؟ فقال : قد روى شريك عن مجاهد عن أبين ابن أم أيمن أخى أسامة بن زيد : أمه ، وأن الشافعي أجاب بأن أبين ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد . قال ابن أبي حاتم في المراسيل : سألت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أبين وكان قتيبا قال : تقطع يد السارق في ثمن المجن ، وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ، قال أبي : هو مرسل ، وأرى أنه والد عبد الواحد بن أبين وليس له صحبة ، وظهر بهذا القدر أن أبين اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن ، وأنه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمحزن وإسم لتابعي آخر . وقال أبو الحجاج المزني في كتابه : أيمن الحبشي مولى بني مخزوم ، روى عن سعد وعائشة وجابر ، وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ، ثم قال أيمن مولى ابن الزبير ، وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة إلى أن قال : وعنه عطاء ومجاهد ، قال النسائي : ما أحسب أن له صحبة ، فقد جعله أسما لتابعين ، وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا ، قال ابن أبي حاتم : أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر ، روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال : سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال : مكى ثقة . وقال ابن حبان في الثقات : أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء ، وابنه عبد الواحد بن أيمن ،

من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي ، والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تقطع

نافذة من اختراق اللفظ (قال المصنف : غير أن الشافعي) أقول : أنت غير بأنه لا يملك على اختيار التقدير بربع دينار بل وجهه أدنى آخر ، وهذا اللفظ الخافضة بين الروايتين (قال المصنف : وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول : فيه أهم سرورا بأن ما يصلح على لا يصلح منجما .

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكال الجنائية ،

وكان أخا أسامة بن زيد لأمه . وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : ومن زعم أن له حصبة فقد وهم . حديثه في القطع مرسل ، فهذا يخالف الشافعي وغيره من ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وأنه مصابي حيث جمعه من التابعين . وهكذا فعل الدارقطني في سننه ، أيمن لاصحبة له وهو من التابعين ، ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده ، وهو الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن ثمن الجن دينار ، روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد . والحاصل أنه اختلف في أيمن راوى قيمة الجن هل هو مصابي أو تابعي ثقة ، فإن كان مصابياً فلا إشكال . وإن كان تابعياً ثقة كما ذكره أبو زرعة الإمام العظيم الشأن وابن حبان فحديثه مرسل ، والإرسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحاً بل هو حجة فوجب اعتباره . وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن الجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الأخذ بالأكثر هنا لإيجاب الشرع الدرء ما لم يكن في الحدود ، ثم يقوى بما رواه الثعالبي أيضاً بسنده عن ابن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان ثمن الجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ، وأخرجه الدارقطني أيضاً ، وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وكلنا إسحاق بن راهويه . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب القطعة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما بلغ ثمن الجن قطعت يد صاحبه » وكان ثمن الجن عشرة دراهم . قال المصنف : وتأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم » وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ، ومن طريقه الطبراني في معجمه ، وأشار إليه الترمذي في كتابه الجامع فقال : وقد روى عن ابن مسعود أنه قال لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم . وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود ، والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى . وهو صحيح لأن الكل ما رواه إلا عن القاسم ، لكن في مسنده أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال : كان قطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم ، وهذا موصل وفي رواية يخطف بن ياسين عن أبي حنيفة : إنما كان القطع في عشرة دراهم . وأخرجه ابن حزم من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة يرفعه « لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم » فهذا موصل مرفوع ، ولو كان موقوفاً لكان له حكم الرفع لأن المقدرات الشرعية لا تدخل للعقل فيها فالوقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفاً) فإذا أطلق بلا قيد ، فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القنطوري (وهو ظاهر الرواية وهو الأصح) للظاهر من الحديث (رعاية لكال الجنائية) لأنها شرط العقوبة ، وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكال ، ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيفاً لا يقطع

إلا في دينار أو عشرة دراهم » رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود . وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة ، واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث ، والمراد بالكتاب القنطوري ، وقوله (وهو الأصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء ، وكلامه ظاهر . فإن قلت : روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم

حتى لو سرق عشرة تبرأ قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه هو المتعارف في عامة البلاد . وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، ولا بد من محرز لاشبهة فيه لأن الشهادة دافعة ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى .

بها ، ولو تجوز بها لأن قصصان الوصف بقصصان الذات ، وعن أبي يوسف يقطع بها إذا كانت رائجة (حتى لو سرق عشرة تبرأ) أي فضة غير مضروبة صكاً (قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع للإطلاق المذكور وأنت تعلم أن المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما في الزكاة ، وتقدم بحثنا فيها في الزكاة وهو أنه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا ، وأما هنا فقتضى ما ذكرناه من أن الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف . صنف وزن خمسة ، وصنف وزن ستة ، وصنف وزن عشرة أن يعتبر في القطع وزن عشرة ، فهذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المهن بعشرة بأنه أدركاً للحد ، وما كان دارقاً كان أولى . لا يقال : هذا لإحداث قول ثالث لأننا نقول : لا يسلم فإنه إنما يكون ذلك إذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع ، فإن من نقل تقديره بعشرة سفیان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ، ثم هذا البحث إلزام على قولهم إن وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإما إن قيل كالثمانية أنها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أي قول القلديري (أو ما يبلغ قيمته عشرة إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهباً) حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع ، ذكره في المحيط . قال : والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به في الحديث ما يكون مثقوماً به لقيمة الوقت ، أي يكون ديناراً قيمته عشرة

إلا في ثمن من حجة أو ترضى ، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقاً في ثمن ثلثة دراهم ، وقد أخذ به مالك رضي الله عنه ، وروت حمزة عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعداً ، وبه أخذ الإمام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك ؟ قلت : مدلول الحديثين واحد لأن قيمة الدينار كانت اثني عشر درهماً وثلاث دراهم كانت ربع دينار ، ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلاً في ثمن قيمته دينار أو عشرة دراهم ، ولما تعارضوا ولا مرجع صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع إلا في دينار الحديث ، وإلى المعقول وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتباهه على الاحتياط للدفع فوجب العمل به

(قوله لا في ثمن من حجة) أقول : بالصريح يتقدم الحد (قوله ولما تعارضوا ولا مرجع صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : فيه بحث ، أما أولاً فلا نفيه ولا مرجع يمنع . وأما ثانياً فلا نفيه لا يطابق المشرح : ألا ترى إلى قول صاحب الهداية : إن الأعد بالأكثر في هذا الباب أول الخ (قوله وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول : فيه بحث إذ مادام من الانشراح غير ظاهر ، بل للظاهر عكس ذلك . والجواب أن مراده العمل بمذهبنا بل يتحقق عليه دون مذهبنا فإنه يخلف فيه ، وأدنى درجات الخلاف ليوث الشبهة فتأمل (قال المصنف : إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً) أقول : فيه تأمل ، فإن المذكور في الحديث الذي رواه أصحابنا ولا في دينار أو عشرة دراهم فلا يلزم من يعتبرها لقيمة الدينار مع تقدمه في الذكر والاحتياط فيه قدره أشد ، ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرها بأحدنا أيما كان لم أتف حل وجهه في كتبهم إلى الآن ، ولعل مستنهم أن تقوم المهن وقع بالدراهم في الرواية التي أخذوا بها ، وفيه تأمل ، وجواب ذلك المذكور في الكتاب فراجعه .

قال (والعبد والحر في القطع سواء) لأن النص لم يفصل ، ولأن التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس (ويجب القطع بإقراره مرة واحدة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يقطع إلا بالإقرار مرتين) وروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا . ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة

دراهم فضة جياذ بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أو لافلا اعتبار للوقت لأنه يزيد وينقص فيه السر ، ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع ، إلا إن كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين ، فعلى هذا إذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع ، وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الإخراج من الحرز فقط . ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مصكوكة لا يقطع لأنه يخالف النص ، وهو قوله (لا يقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم) في محل النص ، وهو أن يسرق وزن عشرة ، ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ ، وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل : سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع ، وذكر من علامة فتاوى أئمة مهرقند : إذا سرق ثوبا لا يساوى عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع ، وقال : وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدرهم عادة ، فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدرهم ، ألا يرى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوى درهما ، ولا بد من أن يكون المسرورق منه يد مصحبة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع ، بخلاف السارق من السارق على الخلاف وأن يخرج ظاهرا حتى لو ابتاع دينارا في الحرز وأخرج لا يقطع ، ولا ينتظر أن يتغوله بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وأن يخرج النصاب بمرة واحدة ، فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر في القطع سواء لأن النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لأن الجنابة مرجبة للعقوبة (صيانة لأموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة ، ومالا كمل ضرورة وإلا أهدر السبب في حقه ، بخلاف الزنا فإن له حدين الجلد والرجم ، فانتظم النص الحر والمقوق في الجلد فحد على نصف حد الأحرار بقوله تعالى - فاعلين نصف ما على المحصنات من العذاب - ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداء بحيث لم يتناول الأرقاء (قوله ويجب القطع بإقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد) ومالك والشافعي وأكثر علماء هذه الأمة (وقال أبو يوسف : لا يقطع إلا بالإقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة ، ويروى عن أبي يوسف اشتراط كون الإقرارين في مجلسين استدلوا بالمقول والمخفى ، أما المنقول فما روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلس قد

قال (والعبد والحر في القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لأن عدم التساوى إنما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبیان قوله (أن السرقة، قد ظهرت بالإقرار مرة) السرقة ظهرت بالإقرار مرة واحدة لكنها تظهر بشهادة شاهدين ، وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالإقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما ، وكل ما يظهر بالإقرار مرة واحدة يكفي به فلا حاجة إلى الزيادة ، وإذا تلمحت هنا البيان وجدت الاعتراض بأن الزنا أيضا يظهر بالإقرار مرة ساقطا

فيكفي به كما في القصاص وحده القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة ، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بال تكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب المال يكذبه ، واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع .

اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم : ما إصطاك سرقت ؟ فقال : بلى يا رسول الله ، فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا ، فأمر به فقطع ، فلم يقطعه إلا بعد تكرار إقراره : وأسند الطحاوي إلى علي رضي الله عنه أن رجلا أقرّ عنده بسرقة مرتين فقال : قد شهدت على نفسك شهادتين ، فأمر به فقطع فعلقها في عنقه . وأما المعنى فالحاق الإقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الإقرار به بعدد الشهود نظيره لحاق الإقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه . ولأبي حنيفة ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة في هذا الحديث وقالوا يا رسول الله إن هذا سرق ، فقال : ما إصطاك سرق ، فقال السارق : بلى يا رسول الله ، قال ، أذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم اتفوا به ، قال : فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له : تبت إلى الله عز وجل ، فقال : تبت إلى الله عز وجل ، فقال : تاب الله عليك ، فقد قطعه بإقراره مرة ، وأما المعنى فعارض بحد القذف والقصاص وهو وإن لم يكن حدا فهو في معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكفي به كالقصاص وحده القذف) وأما قياسه على الشهادة فع الفارق لأن اعتبار العدد في الشهادة إنما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الإقرار ، إذ لا يهتم الإنسان في حق نفسه بما يقضه ضررا بالغا ، على أن الإقرار الأول إما صادق فالثاني لا يفيد شيئا لإلزامه صدقا ، وإما كاذب فالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره . فإن قيل : فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أوجب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا يفتي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (لأن صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه ، وأما النظر المذكور : أعني اشتراط كون الإقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس ، وكيف وحكم أصله وهو الزيادة في العدد معلول عن القياس ، فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الإقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء بالقياس ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

[فروع من علامة العيون] قال أنا سارق هذا التوب : يعني بالإضافة قطع ، ولو نون القاف لا يقطع لأنه على الاستقبال ، والأول على الحال . وفي عيون المسائل قال : سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنائير يقطع في العشرة دنائير ويضمن مائة درهم ، هنا إذا ادعى المقر له المالين ، وهو قول أبي حنيفة لأنه يرجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنائير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان . وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينفي الضمان ، بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا

(قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس إحدى الحجتين بالأخرى ببيان الفارق ، وهو ما ذكر أن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة فيه . وقوله (وباب الرجوع) جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا . ووجه ذلك أنه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صنع رجوعه في حق الحد لأنه لا يكذب فيه ، بخلاف الرجوع عن المال فإن له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح ، فظهر بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار لا في حق القطع ولا في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار . وقوله (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا .

قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقيق الظهور كما في سائر الحقوق . وينبغي أن يسألها الإمام عن كيفية السرقة وماهيئتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في المجلود . - ويحسب إلى أن يسأل عن الشهود للتمهة .

يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع واتفى الضمان والمائة الأولى لا يدعيها المقر له ، بخلاف الأولى ، ولو قال سرق مائتين بل مائة لم يقطع ، ويضمن المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الإقرار بالمائة إذ لا يدعيها المسروق منه ، ولو أنه صدق في الرجوع إلى المائة لاضيان (قوله) ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق) وهذا يلزم إجماع الأمة (قوله) وينبغي أن يسألها الإمام عن كيفية السرقة) أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة ، وأخرج بعض النصاب ثم حاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقا له على الباب فأخرجه ويسألها (عن ماهيتها) فلها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم ، وعند التقادم إذا شهدوا بضمن المال ولا يقطع على مامر ، وتقديم أيضا ما أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لأن الشاهد لا ينهم في تأخيرها لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيها . ويسألها عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم ، وهذا بخلاف مالهو كان ثبوت السرقة بالإقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل الإقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا . وفي الكافي : وعن المسروق إذ سرق كل مال لا توجب القطع كما في التمر والكثيرى وقدره لاحتمال كونه دون نصاب . وعن المسروق منه لأن السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كسلب الرحم المحرم ومن الزوج . وقال في المبسوط : لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لأنه حاضر بخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه ، وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصوصة الحاضر لا يستلزم بياها النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن

(وينبغي أن يسألها الإمام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقته بلجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فإنه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) بلجواز أن يكون المأخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه ، وهذا مشكل لأن ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكروها إلا آحاد الفقهاء فيحتاج إلى حضور الفقهاء شرطا لظهوره ، وفي ذلك سدد باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبيئة بلجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة ، بخلاف ما إذا ثبت بالإقرار ، فإن التقادم فيه ليس بمنع لعدمها فلا يسأل عن الزمان . فإن قيل : الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير مهم لأنه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسأل فيها إذا ثبت بالبيئة كما لا يسأل فيها إذا ثبت بالإقرار . قلنا : إن الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) بلجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب . وقال في المحيط : ويسألها عن المسروق منه أيضا بلجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ، ولعله مستغنى عنه لأن المسروق منه حاضر بخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك . وقوله (ويحسب) أي المشهود عليه لأنه صار منهما بالسرقة فيحبس لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالهبة .

(قوله) لأن المسروق منه حاضر بخاصم (إع) أقول : فيه تأمل (قال المصنف : ويحسب) أقول : قد روي لا توثيقا . قال الإقفاني بالنصب عطف على قوله إن يسألها ، وإنما يحسب إلى أن يسأل من عدالة الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيها مبنيا على الداء التمسى . ولا ير في أوائل المجلود ما يتعلق بالدعاء فراجعه .

(قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع . وإن أصابه أقل لا يقطع) لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه .

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

يقول سرق مالى وأنا مولاه أو جده ، وإنما يسأل عن هذه الأمور احتياطا للدرد ، وإذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد ، فإن كان القاضى عرف بالشهود بالعدالة قطعه ، وإن لم يكن يعرف حاكم محبس المشهود عليه حتى يدلوا لأنه صار منهما بالسرقة ، والتوثق بالتكفيل بمنع لأنه لا كفالة في الحدود وهنا نظر ، وهو أن إعطاء التكفيل بنفسه جائز ، وعلى قول أنى يوسف يجبر ، ولم يقع تفصيل في هذا الحكم : أعنى حبسه عند إقامة البينة حتى يزكوا ، ومتنصفي ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار منهما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينهى أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما تزمه من التهمة بالفساد في الأرض ، ولذا ذكر في الفتاوى : من يهيم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة . بخلاف من يبيع الخمر ويشترى ويرك الصلاة فإنه يحبس ويؤذب ثم يخرج . وفي التجنيس من علامة النوازل : لص معروف بالسرقة وجده رجلا يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله ، وله أن يأخذ . وللإمام أن يحبس حتى يتوب لأن الحبس زجرا للتهمة مشروع ، وإذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه إلا بمحضته . وإن كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا . وكذلك في الموت ، وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويضى النصاب لأن لم يحضروا استحسانا هكذا في كافى الحاكم (قوله وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصاب أقل لا يقطع) ومعلوم تقيد قطعهم بما إذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي ، وعند مالك يقطعون وإن لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص . قلنا : القلع لكل سارق بسرقة نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد : يعنى أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القلع بمجرد بل حتى يكون ماسرقة نصابا ، والله أعلم .

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

ما يقطع فيه هو المسروق ، وهو متعلق السرقة إذ هو محلها ، فهو ثان بالنسبة إلى نفس الفعل فلذا أخره عن

وقوله (وإذا اشترك جماعة) ظاهر . واستشكل بما إذا قتل جماعة واحدا فإنهم يقتلون كلهم وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال . وأجيب بأن التقصاص يتعلق بإخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف إلى كل واحد منهم كذا ، والله أعلم .

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القلع ومسروقا لا يوجبه وإن وجد فيه النصاب ، ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله (وإذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب ،

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول : القائل هو الإجماع .

(ولاقطع فيها يوجد تافها مباحا في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسملك والطير والصيد والزرنيج والمغرة والنورة) والأصل فيه حديث عائشة قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في الشيء التافه ، أى الخفير ، وما يوجد جنسه مباحا ، فى الأصل بصورته غير مرغوب فيه خفير تقل الرضبات فيه

بيان السرقة وما يتصل بها (قوله لا قطع فيها يوجد تافها مباحا في دار الإسلام) أى إذا سرق من حرز لاشبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكا . التافه والتفه : الخفير الخسيس من باب ليس (كالخشب والحشيش والقصب والسملك والطير والصيد) برأى أو بحريا (والزرنيج والمغرة) وهو يفتح الغين المعجمة : الطين الأحمر ويموز إسكانها (والنورة) (قوله الأصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها) هو مارواه ابن أبى شيبة فى مصنفه . ومسنده : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة ، عن عروة ، عن عائشة قالت : لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشيء التافه . زاد فى مسنده : ولم يقطع فى أدنى من ثمن حشفة أو ترس . وزواه مرسلأ أيضا : حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه . وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه : أخبرنا ابن جريج عن هشام به . وكذا إسحاق بن راهويه . أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ، ورواه ابن عدى فى الكامل مسندا أخرجه عن عبد الله بن قيسبة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ، ولم يقل فى عبد الله هذا شيئا إلا أنه قال لم يتابع عليه . ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لأبين أن فى رواياتنا نظرا ، ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة ، وقد تقدم وصله من حديث ابن أبى شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان ، وإذا عرف هذا فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحا فى الأصل بصورته) أى الأصلية بأن لم تحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه خفير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الأبواب والأواني من الخشب ، و (غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفرة والياقوت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع فى كل ذلك ، وعلى هذا نظر بعضهم فى الزرنيج فقال : ينبغى أن يقطع به لأنه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين كسائر الأموال ، بخلاف الخشب ، لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصا ، بخلاف الساج والآبنوس ، واختلط فى الوسمة والحناء والوجه القلع لأنه جرت العادة بإحرازه فى الدكاكين . وقوله (تقل الرضبات فيه) يعنى فلا تتوفر الدواعى على استحصاله وعلى المعالجة

لأنه إن أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه ، وإن أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لأن هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا قطع فيها يوجد تافها) ظاهر ، والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الأحمر ، وتسكين الغين فيه لغة . وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ ، وقوله خفير خبره . وقوله (بصورته) احتراز عن الأبواب والأواني المتخلقة من الخشب والحجر البغدادية ، فإن فى مرقفها القطع وإن كان أصلها من الخشب ، وأصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة المتقومة . وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجواهر فلما توجد مباحا فى دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب . وروى هشام عن محمد : إذا سرقها على الصورة التى توجد مباحة وهى أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع . وجه الظاهر أنها ليست بتافه جنسا ، فإن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة . وقوله (تقل الرضبات فيه) جملة استثنائية .

(قال المصنف : غير مرغوب) أقول : قال السكاكى وصاحب النهاية : قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا ، ولما للشارح جملة حالا .

والطباع لا تضمن به . فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ، ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ، ألا يرى أن الخشب يلقي على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحرار والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة ، والحد يندري بها . ويدخل في السمك المالح والطري ، وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع في الطير »

في التوصل إليه (ولا تضمن به الطباع) إذا أحرز ، حتى أنه (قلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب إلى الجنابة بناء على أن الضئيلة بها تعد من الخساسة ، وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب . قال المصنف (ولأن الحرز فيها ناقص) فإن الخشب بصوته الأولي يلقي على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحرار ، وذلك في زمانهم ، وأما في زماننا فيحرز في دكاكين التجار . قال (والطير يطير) يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه ، والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز إلا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الإحرار بقوله عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الأصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الإحرار فيمتنع القطع ، والوجه أن يعمل على أن الشبهة العامة الثابتة في الكل بالإباحة لأصلها ثابتة بالإجماع ، وأما قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاثة » فأما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكل ففيه قصور أيضا . قال (ويدخل في السمك المالح والطري) وصوابه السمك المالح أو المملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير فيقول إحراره عنه . وأما قوله ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع في الطير » فحديث لا يعرف رفعه ، بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار ، قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه ، فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان : لا قطع في الطير ، ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهندي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستغنى في ذلك السائب بن يزيد ، فقال : ما رأيت أحدا قطع في الطير ، وما عليه في ذلك قطع ، فتركه عمر . فإن كان هذا بما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السباع ، ولإقتضائهم الصبحاء عندنا

وقوله (والطباع لا تضمن به) أي لا تبطل بفتح الضاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضا . وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أي قليل وجود حقوق الملائة بالمالك عند أخذه هذه الأشياء منه ، بل يرضى بالأخذ توقيفا عن حقوق سمة خصاسة الهمة ونفاديا عن نسبتها إلى ذنابة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزواجر . وقوله (والطير يطير والصيد يفر) يعني لما كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقي على الأبواب . وقوله (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جسمه مباحا (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحرز به عن الأبواب والأواني المتخلفة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أي شبهة الإباحة بعد إحراره (والحد يندري بها) وفي التعبير بالشركة العامة إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء في ثلاثة : في الكلا ، والماء ، والنار » وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقلد الذي فيه الملح .

(قوله حقوق الملائة) أقول : الظاهر أن يقال حقوق المشقة (قوله يعني كان الأمر كذلك) أقول : الأول أن يقال ولما كان الأمر كذلك كان في حرزه نقصان ، فإن قوله ألا يرى أن الخشب يلقي تنوير لنقصان الحرز .

وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسريق وهو قول الشافعي ، والحجة عليهم ما ذكرنا . قال (ولا قطع فيها يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والقواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع في ثمر ولا كثر » والكثر الجمار ، وقيل الودى . وقال عليه الصلاة والسلام « لا قطع في الطعام » والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهلب للأكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لأنه يقطع في الخنطة والسكر إجماعا . وقال الشافعي : يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع في ثمر ولا كثر » فإذا أواه البحرين أو الجمران قطع .

واجب لماعرف (قوله وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسريق) وروى عنه إلا في الماء والتراب والطين والجص والمعاظف والنيذ ، لأن ماسوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها ، والإنابة الأصلية زالت وزال أثرها بالإحراز بعد التملك (وهو قول الشافعي والحجة عليهم ما ذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله ولا قطع فيها يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم) والخبر أيضا ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوى ، ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوفا قديدا أو غيره (والقواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر « أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبئة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ، ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه البحرين فبلغ ثمن الحين فعليه القطع » أخرجه أبو داود عن ابن عجلان ، وعن الوليد بن كبر وعن عبيد الله بن الأحنس وعن محمد بن إسحاق أربعمهم عن عمرو بن شعيب به . وأخرجه النسائي أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرفث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به ، وفي رواية « أن رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البحرية التي تؤخذ من مراتعها فقال : فيها ثمنها مرتين ، وضرب ونكال ، وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الحين ، قال : يا رسول الله فائتار وما أخذ منها في أكمامها ؟ فقال : من أخذ بفيه ولم يتخذ خبئة فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال ، وما أخذ من أجزائه ففيه القطع » رواه أحمد والنسائي ، وفي لفظ « ماترى في الثمر المعلق ؟ فقال : ليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه البحرين ، فما أخذ من البحرين فبلغ ثمن الحين ففيه القطع ، وما لم يبلغ ثمن الحين ففيه غرامة مثليه وجلدات . ونكال » ورواه الحاكم بهذا المتن ، وقال : قال إمامنا إسحاق بن راهويه ، إذا كان الراوى عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمرو ، رواه ابن أبي شيبه ، ووقفه على عبد الله بن عمرو قال :

وقوله (والحجة عليهم ما ذكرنا) يعنى حديث عائشة وما ذكر بعده . والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رعوس النخل ويؤكل ، والودى صغار النخل . وقوله (كالمهلب للأكل) يعنى مثل الخبز واللحم وأمثالهما لأنه يقطع في الخنطة والسكر بالإجماع إذا لم يكن العام عام جماعة وقحط ، أما إذا كان فلا قطع بمواه كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا . وقوله (كاللحم والتمر) اللحم راجع إلى قوله كالمهلب للأكل منه ، والتمر راجع إلى قوله وما في معناه فكان كلامه لقا ونشرا (وقال الشافعي رضى الله عنه : يقطع فيها) أى فيها ذكرنا من اللبن واللحم والقواكه الرطبة والطعام (والبحرين) المرید : وهو الموضع الذى يلتقى فيه الربط ليجهف ، وقيل هو موضع ينخر فيه الثمر (والبحران) مقدم حتى البعير . من مذبحه إلى منفهه ، والجمع جرن فجاز أن يسمى الجمران المتخذ منه فكان المراد منه أحد الطرفين ، ويجوز أن يكون الشك من الراوى

قلنا : أخرجه على وفاق العادة ، والذي يؤويه البحرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع . قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد) لعدم الإحراز

ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوى البحرين . وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بأنه أخرجه على وفق العادة ، والذي يؤويه البحرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن مافي المغرب من قوله : البحرين المربد وهو الموضع الذي يلتقي فيه الرطب ليحفظ وجمعه جرن يقتضي أنه يكون فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه ، واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه ، ثم ليس في هذه الأحاديث لفظ الجران ، وكأنه وقع في بعض الألفاظ الجران . فذكره المصنف على الشك . وجران البعر مقدم عنده من مذبحه إلى منخره ، والجمع جرن ، فجاز أن يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ، ثم المعنى من قوله حتى يؤويه البحرين : أي المربد حتى يجف : أي حتى يتم إيواؤه البحرين إياه فإنه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز ، وإلا فتنس البحرين ليس حرزا ليجب القطع بالأخذ منه ، اللهم إلا أن يكون له حارس يترصده . والجراب أنه معارض بإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم : لا قطع في ثمر ولا كثر . وقوله : لا قطع في الطعام ، أما الأول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع ابن حبان : أن غلاما سرق وديا من حائط ، فرفع إلى مروان فأمر بقطعه ، فقال رافع بن خديج : قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا قطع في ثمر ولا كثر . ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الأول ، وفي القسم الثاني . قال عبد الحق : هكذا رواه سفيان بن عيينة ، ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى . وكذا رواه مالك . والحاصل أنه تعارض الانقطاع والوصل ، والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوى الثقة ، وقد تلتك الأمة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في البحرين ، وفي مثله من الملود يجب تقديم ما يمنع الحد درءا للحد ، ولأن ما تقدم متروك الظاهر فإنه لا يضمن للمسروق بمثل قيمته ، وإن نقل عن أحد فعلماء الأمة على خلافه لأنه لا يلبغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى . وهو قوله تعالى - فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ، ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينقرد هذا الحديث عن المعارض ، فيبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل : يعني بفعل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شيء عليه ، أو أخرجه ففيه ضعف قيمته . وجملدت نكال ، أو يأخذ من يدره فيقطع والكثر الحمار . وقيل هو الودى وهو صغار النخل ، وجزم في المغرب أنه خطأ . وأما الحديث الثاني فأخرجه أبو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا أقطع في الطعام) وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الإرسال ، وأنت تعلم أنه ليس بعله عندنا فيجب العمل بموجبه ، وحيث أنه يجب اعتباره في غير محل الإجماع ولما كان الإجماع على أنه يقطع في الحنطة والسكر لزم أن يحمل على ما يتسارع إليه الفساد كالمهبط للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في البحرين وغيره . هذا والقطع في الحنطة . وغيرها إجماعا إنما هو في غير سنة القحط ، وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا لأنه من ضرورة ظاهر ، أو هي تبيح تناول ، وصحة عليه الصلاة والسلام : لا قطع في جماعة مضطر . وعن عمر رضي الله عنه : لا قطع

(قلنا : أخرجه على وفاق العادة) فإن في عادتهم أن البحرين لا يؤوى إلا اليابس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة . قال (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة ، لكن أعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز فيها ،

(ولا قطع في الأشربة المطربة) لأن السارق يتأول في تناوله الإراقة ، ولأن بعضها ليس بمال ، وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية . قال (ولا في الطنبور) لأنه من المعازف (ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية) وقال الشافعي : يقطع لأنه مال متقوم حتى يجوز بيعه ، وعن أبي يوسف مثله . وعنه أيضا أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها . ووجه الظاهر أن الأخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هي توابع ولا تعتبر بالتبع ، كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ،

في عام سنة (قوله ولا قطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة . والطرب استخفاف العقل ، وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصغر منه مالا يليق كما تراه من صياح التكيلات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيها لا يجلدى نفعاً ويسلب أجر مصيبتهم ثم يوجب لعنن من الله تعالى ورسوله ، أوشدة سرور فيوجب ما هو معهود من التمثال والمسللة بلا خلاف ، ما عند الأئمة الثلاثة فلأنها كالخمر عندهم ، وعندنا إن كان الشراب حلوا فهو ما يتسارع إليه الفساد ، وإن كان مرا فلن كان خمر ، فلا قيمة لها ، وإن كان غيرها فللعلماء في تفرقه اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرع بالشبهة ، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة فتثبت شبهة الإباحة بإزالة المنكر ، وفي سرقة الأصل يقطع بالخل ونقل الناطق من كتاب المبرد قال أبو حنيفة : لا قطع في الخل لأنه قد صار خمر مرة . وفي نوادر ابن سبابة برواية علي بن الجعد : لا قطع في الرب والجلاب (قوله ولا في الطنبور) ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف أيضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها ، وعند أبي حنيفة وإن ضمنها لغير اللهو ، إلا أنه يتأول أخذه للهوى عن المنكر . والمعازف جمع المزعزعة وهي آلات اللهو (قوله ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية . وقال الشافعي) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبي يوسف فيها إذا بلغت حليته نصابا ، وفي رواية أخرى عنه : يقطع مطلقا لأنه مال محرز يباع ويشترى ، ولأن ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينقص . وفي رواية أخرى عن أحمد : إن أخذه يتأول القراءة لإزالة الإشكال لا يقطع (وجه الظاهر أن الأخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه) ولأن المالية للتبع وهي الحلية والأوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (وإحرازه لأجله) والأخذ أيضا يتأول أخذه لأجله لا للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لا يقطع ، وكمن

(ولا قطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة : قال في الصحاح : الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور ، وفسر السكر في أصول الفقه بأنه غلبة سرور في العقل فالتيق في معنى السرور فلذلك استعير الإطراب للإسكار . قال الإمام الترمذی : لا قطع في الأشربة المطربة المسكرة وهو يؤخذ بصحة تفسير المطربة بالمسكرة . وقوله (لأن بعضها ليس بمال) أي بمال متقوم كالخمر (وفي مالية بعضها اختلاف) يعني كالنصف والباقي وماهية الزنة والشخير لأنها عند أبي حنيفة رضي الله عنه متقومة خلافا لها ، وإنما قيد الأشربة بكونها مطربة لما أنه ذكر في الإيضاح ، ويقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد ، كلما في النهاية . ونقل الناطق عن كتاب المبرد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال : لا قطع في الخل لأنه قد صار خمر مرة (ولا في الطنبور . لأنه من المعازف) والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواسد عزف رواية عن العرب . قوله (ولا في سرقة المصحف) ظاهر

(ولا قطع في أبواب المسجد) لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى ، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه . قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا الرد) لأنه يتأول من أخذه الكسر نهباً عن المنكر ، بخلاف الدرهم الذي عليه الميثاق لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر . وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز ، وإن كان في بيت آخر يقطع ككمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حل) لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحل تبع له ، ولأنه يتأول في أخذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته .

سرق صبياً وعليه حل كثير لا يقطع لأن المقصود ليس المال . قال في الميسوط : ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم به لم يقطع ، وإن كان يعلم بها فليقطع . وعن أبي يوسف عليه القطع في الأحوال كلها لأن سرقة تحت في نصاب كامل ، ولكننا نقول : إن السارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به ، وإذا كان عالماً بالدرهم فقصدته أخذ الدرهم ، بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لا يساوي نصاباً ، وقد تقدم في مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدرهم قطع وإلا لا . وهنا تردد بين العلم وعدمه . فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق ، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع وإلا لا . وعلى هذا فبسطة العلم بالمضروب وعلمه صحيح . إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار ، وما تقدم هو ما إذا لم يقر بعلمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه ، وذلك بأن يكون كيساً فيه الدرهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز) وقال الشافعي : يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله ، وكذا يقطع عندهم في باب الدار ، فقياسه عليه من رد المختلف إلى المختلف ، والوجه ما قلنا ، ولا شك في أنه إما ليس محرزاً أو في حرزه شبهة إذ هو باد للغاوى والرائع ومعهما ينتفي الحد ، على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبت لنفسه على أصوله فإنه لم ينصب خلافًا وإنما يعترض بذلك لو نصب الخلاف . وأقاف المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصنه وقناديله لعدم الحرز ، وكذا لا يقطع في أستان الكعبة وهو قول مالك وأحمد ، والأصح من قول الشافعي لأنه لا مال له ، وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد (قوله ولا في صليب من الذهب أو القضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو ينكر الشين بوزن قرطع (ولا الرد) لأنه يتأول من أخذه الكسر : أي إباحة الأخذ للكسر (نهباً عن المنكر) فلا يجب إلا ضمان ما فيه من المالية ، والصليب ماهو بيئة خطين متقاطعين ، ويقال لكل جسم صليب (وعن أبي يوسف : إن كان الصليب في مصلاهم) أي معابدهم (لا يقطع لعدم الحرز) لأنه بيت مأذون في دخوله ، وإن كان في يد رجل في حرزه لاشبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال ، وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة ، وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حل) يبلغ نصاباً ، وقيد بالحر ليخرج العبد عن مائتي . وألحق

(والصليب) شيء مثلث كالميثاق يعده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والرد) معروفان ، ولا قطع فيها وإن كانت من ذهب أو فضة . وقوله (إن كان الصليب في المصلى) أي في موضع صلاة النصارى . وهو معبد . وقوله (وما عليه من الحل تابع) لا يقال : يجوز أن يكون مقصوده من الأجل هو الحل فلا يكون تابعاً لأنه لو كان ذلك مقصوده لأجل الحل وترك الصبي .

وقال أبو يوسف : يقطع إذا كان عليه حل هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكلما مع غيره . وعلى هذا إذا سرق إناة فضة فيه نبيذ أو ثريد . والخلاف في الصبي لا يمشي ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه (ولا قطع في سرقة العبد الكبير) لأنه غضب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) لثبوتها بجدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو البالغ سواء في اعتبار يده . وقال أبو يوسف : لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه أدى من وجه مال من وجه .

بضم الحاء المهملة جمع حل يفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر (وقال أبو يوسف : يقطع إذا بلغ ماعليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكلما مع غيره ، والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم) فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع ، وحيث لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف يقطع . قبل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف وإلا أوهم أنه مذهبه المعول عليه عنده ، وليس كذلك . وقال مالك والحسن والشعي : يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالسالم . وجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ماعليه وإلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال . ولا قطع إلا بأخذ المال فلا يقطع وإن كان ثمنه وعقابه أشد من سارق المال ، في الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكمل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره . لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا . وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكينه أو إيلائه إلى مرضته بعيد بعد فرض تحقق سرقة الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناة فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه فقلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة . ولأن حنيفة ومحمد أن الإناء تابع ، وإذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع ، واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعين ذهبيته وإن كان فيه ما كان ، فإن تبعته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه ، بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالأخذ . بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بمالتيه إلى أضعاف ما فيه ، والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيد ، وما يوافق ما ذكرناه مافي التجنيس من علامة العيون : سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع ، وكلما إذا سرق حمرا يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهما ، بخلاف ماله سرق قمعة فيها ماء يساوي عشرة لأنه سرق ماء من وجه ، وهو نظير ما تقدم من المتوسط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصر وعليه عشرة ، قال : يقطع إذا علم أن عليه مالا بخلاف ما إذا لم يعلم (قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير) يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع ، إلا إذا كان ناعما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع ، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا ، بل نصوا على أنه لا قطع في الأدنى الذي يعقل سواء كان ناعما أو مجنونا أو أعجميا ، وقالوا : هو ليس بسرقة ، بل إما غضب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) الذي ليس كذلك بالإجماع لأنه مال متقوم ، هكذا حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال : أستحسن أن لا أقطعه لأنه مال من وجه أدى من وجه ، فصار كونه

وقوله (لأنه يجب القطع بسرقة وحده فكلما مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب ، وضم ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه القطع لا يسقطه ، كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة . وقوله (وعلى هذا إذا سرق إناة فضة) ظاهر .

(قال المصنف : ويقطع في سرقة العبد الصغير) أقول : فيه بحث ، لأنه يمكن أن يتناول في أخذ إنكته كما في الحر الصغير فتأمل في جوابه .

ولهذا أنه مال مطلق لكونه منتزعا به أو بعرض أن يصير منتزعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لأن المقصود مافيا وذلك ليس بمال (إلا في دفاتر الحساب) لأن مافيا لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواخذ. قال: (ولا في سرقة كلب ولا فهد) لأن من جنسها يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة (ولا قطع في دفء ولا طبل ولا يربط ولا مزمار) لأن عندهما لاقية لها

آدميا شبهة في ماليته فيندري الحد، فالدفع منهما لابد أن يتسلط على هذه النكتة فزوق استدلالهما كما قيل. ولهذا أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لاشبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود، وقول المصنف (ولهذا أنه مال مطلق لأنه منتزع به) إن كان يمشى ويعقل (أو بعرض أن يصير منتزعا به) إن كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية إليه لا يوجبها بعد صلح معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعر الأموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيها ليس بمال فصارقه كسارق درة نفيسة فيها ليس بمال، ولو قال قائل بل المعنى على القالب وهو سرقة ما ليس بمال فيها هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا (قوله ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود مافيا، وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن مافيا لا يقصد بالأخذ) لأنه لا يستفيد الأخذ به نفعاً (فكان المقصود الكواخذ) ويدخل في عموم: ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر. وقد اختلف في غيرها فقبل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها. وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت في إيراد الشبهة. ومقتضى هذا أنه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد مافيا لأهل الديانة فكانت سرقة صرفاً، ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية وليست إياها إذ لا تتوقف معرفة الشريعة على مافيا، بخلاف كتب الأدب والشعر. ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع. وعند الأئمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها، لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا في سرقة كلب ولا فهد) بالإجماع، بخلافاً لأشهب قرين ابن القاسم فإنه قال عدم القطع في المنهى عن إتخاذه. أما في المأفون في إتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع، وقلنا هو مباح الأصل وبحسب الأصل هو (غير مرغوب فيه)، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة (فيها) (قوله ولا قطع في دفء ولا طبل ولا يربط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو لأن عندهما لاقية لها.

(والدفاتر) جمع دفتر وهي الكواريس، ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لأن المقصود منها مافيا وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب، لأن مافيا لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم، فإذا بلغ قيمته نصاباً يقطع، وعموم كلامه يشعر بأن دفاتر الأشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجاً إليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن، والحاجة وإن قلت كفت لإيراد الشبهة. ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج إليها في معرفة أحكام الشرع (ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد) وهو ظاهر (ولا في دفء ولا طبل) (والدفء بضم الدال) وضحا الذي يلعب به، وهو نوعان مدور ومزيج، والمراد بالطبل طبل اللهو، وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ، واختار الصلح الشهيد عدم وجوب القطع لأنه كما يصلح للزور يصلح لغيره فتحتمل فيه الشبهة. وقوله (لأن عندهما لاقية لها)

(قال المصنف: إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية) أقول: والانضمام غير التبعية فتأمل (قوله وقوله لأن عندهما لاقية لها)

وعند حنيفة أخذها يتأول الكسرفيا (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل) لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام . قال (ويقطع في القصوص الخضر والباقوت والزبرجد) لأنها من أعز الأموال وأنفسها لا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبوابا قطع فيها) لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة ؛ ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز ، وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقها لغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع في غير المركب ، وإنما يجب إذا كان خفيفا لا ينقل على الواحد حمله لأن الثقل منه لا يرغب في مرقته

وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر (وفي دال الدف الضم والفتح . واختلف في طبل الغزاة قليل لا يقطع به . واختاره الصنبر الشهيد لأنه يصلح لله وإن كان وضعه لغيره ، وقبل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعا لله وليس آلة هو (قوله ويقطع في الساج والقنا والآبنوس) وهو يفتح الباء فيها مع (والصندل) والعود الرطب لأن كل هذه ليست مباحة في دار الإسلام وهو المعتبر ، فأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدرهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا . وروى هشام عن محمد : لا قطع في العاج مالم يعمل ، وكذا نقل البقال عن محمد في الآبنوس ، والظاهر القطع كما ذكرنا ، ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينشأ ماله العاج فحلت الشبهة في المسألة (ويقطع في القصوص النفيسة) والزبرجد لأنها من أعز الأموال ، ولا توجد مباحة الأصل في دار الإسلام فصارت كالذهب (قوله وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبوابا قطع فيها لأنه) أي الخشب (بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لأن الصنعة لم تغلب على الجنس) لتقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها عافيا بين الناس (حتى أن الحصير يبسط في غير الحرز) وكذا القصب المصنوع بوارى ، بخلاف الخشب فإن غلبة الصنعة فيه على الأصل فقطع فيها اتصلت به منه ، حتى لو غلبت في الحصر أيضا قطع

بدليل أن متاعه لا يضمته (وعند أبي حنيفة) وإن كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة ، لكن (أخذها يتأول الكسرفيا) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قنات وهي خشية الرمح (والآبنوس) بمد الهزنة وفتح الباء معروف . وقوله (ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام) وإنما قيده بدار الإسلام لأن الأموال كلها باقية على الإباحة في دار الحرب . . وقوله (وإذا اتخذ من الخشب ألوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالخشب بغلبة الصنعة على الأصل في الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعززه بحيث أنهم يدخلونه في الحرز . وأما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يقرشونه في غير الحرز ، حتى لو غلب الصنعة على الأصل كالحصر البغدادية يجب القطع . وقوله (وإنما يجب القطع) أي في الأبواب (في غير المركب) بالحديد ، أما إذا كانت مركبة في الحديد فقلعها فأخذها فإنه لا يقطع لأن القطع إنما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به ، وما في البيت من المتاع فإنه يحرز بالأبواب المركبة فلا تكون محرزة ، قيل لهذا في الباب البراني ، وأما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لأنه محرز بالبراني ، وقوله (وإنما يجب إذا كان خفيفا) ظاهر .

بدليل أن متاعه لا يضمته (أقول : أي يدل علم تضمن المتلف عندهما على أن ملحقهما ذلك يعني لاجتماع الأشياء عندهما فلا يقطع .

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لأنه يجاهر بفعله ، كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام « لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن »

فيها كالحصير البغدادية والبغدادية في ديار مصر والإسكندرية وهي البغدادية ، ويقطع عند الأئمة الثلاثة بالحصير مطلقا . هذا وفي عين المسائل : سرق جلود السباع المدبوعة لا يقطع ، فإذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع ، هكذا قال محمد ؛ لأنها إذا جعلت ذلك خرجت من أن تكون جلود السباع لأنها أخذت أسيا آخر اه . وهذا ظاهر في أن غلبة الصنعة التي يقطع حكم الجنس بها أن يتجدد لها اسم ، وعلمت عدم القطع في الحصير التي ليست بغنيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لتقصان إحرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أو لأن شبه التضاغة فيها كما قالوا إنه لا يقطع في الملع لذلك ، ولا يقطع في الآجر والصغار لأن الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها ، وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية . وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب إذا صنع منه الأواني ، ثم إنما يقطع في الباب المصنوع من الخشب إذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز . أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرة ثوب يسط على الجدار إلى السكة ، وغير المركب لا يقطع به إذا كان ثقيلًا لا يحمله الواحد لأنه لا يرغب فيه ، ونظر فيه بأن ثقله لا ينافي ماليته ولا يتقصا ، فإنما ثقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة . ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو متلف ، ولذا أطلق الحكم في الكافي القطع في كتاب الجابع . وفي الشامل في كتاب الميسوط : وقد مر أن عند الأئمة الثلاثة يقطع في باب الدار لأنه مال منقوم ومحرز يجرز حمله فيه وحرز حائط الدار يكونه مبنيا فيها إذا كانت في العمران ، وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره ، وهذا عندنا ممنوع ، ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما أسيا فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الدفعة فيأخذها ويدهي ضياعه ، أو ينكر أنه كان عنده ودية أو عارية ، وعمله بقصور الحرز لأنه قد كان في يد الخائن وحرزه لأحرز المسالك على الخلوص ، وذلك لأن حرزه وإن كان حرزا لمالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق في دخوله (قوله ولا منتهب) لأنه يجاهر بفعله لا يخف فلا مرقعة فلا قطع (وكذا المختلس) فإنه المختطف للشيء من البيت ويلهب أو من يد المسالك . وفي سنن الأربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » قال الرمذلي : حديث حسن صحيح ، وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منهما ، وتعليل أبي داود مرجوح بذلك . وقد حكى الإجماع على هذه الجملة لكن مذهب إمام بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية أنه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها « أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجعله . فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها » وجواهر العلماء أخذوا بهذا الحديث ، وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا منتصفة مشهورة بمجد العارية فمقتضاها عاتشة بوصفها المشهور ، فالعني امرأة كان وصفها جحد العارية فسرت فأمر بقطعها بدليل أن قصصها أن أسامة بن زيد شفع فيها الحديث ، إلى أن قال : « فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا

وقوله (ولا قطع على خائن) الجباية هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون . والانتهاك أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية . والاختلاس أن يأخذ من البيت سرقة جهرا ، والوجه مذكروه في الكتاب وهو واضح :

(ولا قطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعي : عليه القطع لقوله عليه الصلاة والسلام « من نبش قطعناه » ولأنه مال متقوم محرز يحرز مثله فيقطع فيه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام

فقال « إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » وهذا بناء على أنها جادة واحدة لامرأة واحدة ، لأن الأصل عدم التعدد والجمع بين الحدين خصوصاً وقد تلقت الأمة الحديث الآخر بالقبول والعمل به ، فلو فرض أنها لم يسرق على ما أخرجه أبو داود عن النبي : حدثني يونس عن ابن شهاب قال : كان عروة يحدث أن عائشة قالت : استعارت امرأة مني حلياً على السنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته ، فأخذت فأتى بها النبي صلى الله عليه وسلم فأمر يقطع يدها ، وهي التي شفع فيها أسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدماً . ويجعل القطع بجحد العارية على النسخ ، وكذا لو حل على أنهما واقعتان وأنه عليه الصلاة والسلام قطع امرأة بجحد المتاع ، وأخرى بالسرقة بجحد على نسخ القطع بالعارية بما قلنا . وفي سنن ابن ماجه : حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، حدثنا عبد الله بن نعيم ، حدثنا محمد بن إسحاق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الأسود عن أبيها قال « لما سرت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطينا ذلك ، وكانت امرأة من قريش ، فجئت النبي صلى الله عليه وسلم نكاهه فيها وقتنا : نحن نفديها بأربعين أوقية ، فقال صلى الله عليه وسلم : تطهر خير لها ، فأئينا أسامة بن زيد فقلنا له : كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما كلمه قال : ما إكثاركم علي في حد من حدود الله ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرت لقطعتم يدها » قال ابن سعد في الطبقات : هذه المرأة هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسود ، وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد أصح عبد الله بن سفيان (قوله ولا قطع على النباش) وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف) وباقى الأئمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة : ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز . وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري ، ثم الكوفي الذي يقطع به ما كان مشروعاً فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لأنه تنصيص وسفه فليس محرزاً . وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ، ثم الكفن للوارث عتدهم فهو الخصم في القطع ، وإن كفته أجنبي فهو الخصم لأنه له (لم قوله عليه الصلاة والسلام » من نبش قطعناه ») وهو حديث منكر ، وإنما أخرجه البيهقي وصرح بضخفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن

قال (ولا قطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش ، فقال عمر وعائشة وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش ، وقال ابن عباس : لا قطع عليه ، وقد اتفق على ذلك من بقي من الصحابة في عهد مروان على ما روى أن ناساً أتوا به مروان ، فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئاً ، فعززه أسواطا ولم يقطعه . وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد ، وبالأول أخذ أبو يوسف والشافعي . (لقوله صلى الله عليه وسلم » ومن نبش قطعناه ») ولأنه مال متقوم محرز يحرز مثله فيقطع فيه (أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه ، فإن لباس الثوب للبيت لا يخرج عن التقوم ، وأما أنه محرز فلا لأنه ليس بمضجع ؛ ألا ترى أن الكب والوصى إذا كفنا الصبي من ماله لا يضمنان ، وما لا يكون محرزاً يكون مضجعاً وفيه الضمان . وأما قوله (يحرز مثله) يحرز الجهر ، فلما بينه الطحاوي : حرز كل شيء معتبر يحرز مثله ، حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع ، ولو سرق لؤلؤة من الإصطبل لم يقطع . وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ، ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لأن الشاة لا تحرز بأحصن منها إذا كان بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول الأذى وإخراج سائر الأموال . وقوله (ولهما) أي لأبي حنيفة .

« لا قطع على الخفنى » وهو النباش بلغة أهل المدينة ، ولأن الشبهة تمكنت في المالك لأنه لملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت ، وقد تمكن الخلط في المقصود وهو الانزجار لأن الخاتبة في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ، وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا

أبيه عن جده ، وفي سنده من يجهل حاله كيشر بن حازم وغيره . ومثله الحديث الذي ذكره المصنف (لا يقطع على الخفنى » قال : وهو النباش بلغة أهل المدينة) أى يعرفهم . وأما الآثار فقال ابن المنذر : روى عن الزبير أنه قطع نباشا . وهو ضعيف ذكره البخارى في تاريخه ، ثم أحله بسهيل بن ذكوان المكي . قال عطاء : كنا نهمه بالكذب . ومثاله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبى شبة وفيه مجهول قال : حدثنا شيخ لقيته بمعى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال : ليس على النباش قطع . وأما ما رواه عبد الرزاق : أخبرنا إبراهيم بن أبى يحيى الأسلمى قال : أخبرني عبد الله بن أبى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قوما يخفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب ، فكذب فيهم إلى عمر ، فكذب عمر رضى الله عنه أن يقطع أيديهم . فأحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبى شبة : حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال : أتى مروان يقوم يخفون : أى ينشون القبور فضر بهم ونفاهم الصحابة متوافرون اه . وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به ، وزاد : وطوف بهم . وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبى شبة : حدثنا حفص عن أشعث عن الزهرى قال : أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من يحضره من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه . وحيث لا شك في ترجيح مذهبننا من جهة الآثار ، وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله : ولأنه مال متقوم محرز بمحرز مثله فيقطع فيه . أما المالية فظاهر ، وأما المحرز فلأن القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا ، وقد معى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث أبى ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم « كيف أنت إذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف ؟ يعني القبر ، وقلت : الله ورسوله أعلم ، أو ما نأمر الله لى ورسوله ، قال صلى الله عليه وسلم : عليك بالصبر » وقد بوب أبو داود عليه فقال : باب قطع النباش . قال ابن المنذر : واستدل به أبو داود لأنه معى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من المحرز يقطع ولأنه حرز مثله لأن حرز كل شيء ما يليق به ، فحرز الدواب بالإصطبل والدرة بالحق والصندوق والثاة

ومحمد ، وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح . وقوله (وإن كان القبر في بيت مقفل) بسكون القاف من أقفل الباب . وقوله (فهو على الخلاف في الصحيح) بيانه ما قال في المبسوط : واختلف المشايخ فيها إذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال : والأصح عندي أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت ، فلان لكل أحد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر . وكذلك اختلفوا فيها إذا سرق من تابوت في القافلة وفي الميت ، فنه من قال يقطع لأنه محرز بالقافلة . قال شمس الأئمة : والأصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذى قررناه .

(قوله من أقفل الباب) أقول : ولا يقال قفل إلا إذا كثرت الأبواب ، لأن الضمير مطلقه أغلق الأبواب وغلق الأبواب (قوله بيانه ما قال في المبسوط الخ) أقول : أى بيان قوله في الصحيح حيث يفهم من أن من علمنا من قال ليس هذا على الخلاف ..

وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال) لأنه مال العامة هوهم . قال (ولا من مال السارق فيه شركة) .

بالخطية ، فلو سرق شيء منها من شيء منها قطع ، ولو سرق الدرة من إصطبل أو من حظيرة لا يقطع ؛ ألا ترى أن الوصي إذا كفن صبياً من ماله لا يضمن لورثته شيئاً فلم يكن حرزاً كان تضييعاً موجبا للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة . والجواب أن الحرز لأنه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلاً ونهاراً ولا خلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق إلا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ، ولزوم التضييع لو لم يكن حرزاً ممنوع بل لو لم يكن مصروفاً إلى حاجة الميت والصرف إلى الحاجة ليس تضييعاً فلما لا يضمن ، ولو سلم فلا ينزل عن أن يكون في حرزته شبهة وبه ينتفى القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكاً ، وفي ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرة . أما الأول فلأن الكفن غير مملوك لأحد ، لا للميت لأنه ليس أهلاً للملك ولا للوارث لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لأنها ملك للغيرم حتى كان له أن يأخذها بمقتضى ، فإن صح ما قلنا من أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع ، وإلا فتحقت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضاً ، بل نقول : تحقق قصور في نفس مالية الكفن ، وذلك لأن المال ما يجري فيه الرغبة والفضة والكفن يفرغه كل من علم أنه كفن به ميت إلا ناهراً من الناس . وأما الثاني فلأن شرع الحد للأنزجار والحاجة إليه لما يكثر وجوده ، فأما ما ينذر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لأن الأنزجار حاصل طبعاً كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة . وأما الاستدلال بتسميته بيتاً فأبعد لأن إطلاقه إما مجازاً فإن البيت ما يحيطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك ، على أن حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلاً كالمسجد ، ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ، ومع الحرز التام ، فجرد تسميته بيتاً لا يستلزم القطع خصوصاً في مقام وجوب دره ما أمكن ، بل يجب حمله على بعض الماصدقات التي لأحد معها ، والله سبحانه أعلم . وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا ، أما لو كان القبر في بيت مقفل قليل يقطع به لوجود الحرز . والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وإن وجد الحرز للموانع الأخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه) من تحقق الخلل في المالية وما بعدها . هذا ولو اعتاد لص ذلك للإمام أن يقطعه سياسة لأحد ، وهو محل ما رواه لو صح (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشافعي ، وقال مالك : يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولأنه مال حرز ولا حق له فيه قبل الحاجة (ولنا أنه مال العامة وهو منهم) وعن عمر وعليٍّ مثله ، وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال : أرسله لما من أحد إلا وله في هذا المال حق (ولا يقطع من مال السارق فيه شركة)

وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع على المختف » والمختفل وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة . وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر .

(قوله وقوله لما بيناه إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام (الخ) أقول : ولعل الأول أن يقال لما بيناه من الأدلة من الجانبين لأنه علة لكونه محل الخلاف . ووجه ما ذكره الشارحون هو خلل قوله على الخلاف على معنى أنها يخالفان أبا يوسف والشافعي ولا يوافقانها .

لما قلنا (ومن له على آخر درهم فسرق منه مثله لم يقطع لأنه استيفاء لحقه ، والحال والموئجل فيه سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وإن سرق منه عروضا قطع) لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا بالراضى . وعن أبى يوسف أنه لا يقطع لأن له أن يأخذ عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه . قلنا : هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به ، حتى لو ادعى ذلك درء عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف ، ولو كان حقه درهم فسرق منه دنائير قبل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ ، وقيل لا يقطع لأن التقود جنس واحد

بأن يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقا (قوله ومن له على آخر درهم فسرق منه مثله لم يقطع لأنه استيفاء لحقه ، والحال والموئجل في عدم القطع سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة) والقياس أن يقطع لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل . وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة يصير شبهة دائرة وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لأن بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال) بمقدار حقه ، ولا فرق بين كون المدينون المسروق منه ماطلا أو غير ماطل ، خلافا للشافعى في تفصيله بين الماطل فلا يقطع به وغير الماطل فيقطع . ولو أخذ من غير جنس حقه ، فإن كان حقه درهم أو دنائير فأشدد عروضا قطع لأنه ليس له أخذه ، اللهم إلا أن يقول : أخذتها رهنا بدني فلا يقطع (وعن أبى يوسف لا يقطع لأن له أن يأخذ عند بعض العلماء نقل عن ابن أبى ليلى) قضاء لحقه أو رهنا به (قلنا : هنا قول لا يستند إلى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دائرة إلا إن ادعى ذلك (وإن كان درهم فأخذ دنائير) أو على القلب اختلف فيه (وقيل يقطع) لأنها لا تصير قصاصا بحقه ، وإنما يقع بيعا فلا يصح إلا بالراضى فليس له أخذه (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ، ويقطع لو سرق حليا من فضة ودينه درهم ، ولو سرق المكاتب

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى ما يفهم من قوله لأنه مال العامة وهو منهم ، فإنه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقا ولما قلنا إشارة إليه . قال (والحال والموئجل فيه) أى في عدم القطع (سواء) أما إذا كان حالا فظاهر ، وأما إذا كان موجلا فلأن التأجيل ليس إلا لتأخير المطالبة ، وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضا ، والقياس أن يقطع لأنه سرق مالا يباح له الأخذ كما لو سرق من خلاف جنسه . ووجه الاستحسان أن الأخذ إن لم يكن مستحقا لمكان الأجل كان له شبهة الأخذ وهى كافية للدرء . وقوله (وكذا إذا سرق زيادة على حقه) ظاهر . وقوله (لأن له أن يأخذ عند بعض العلماء) يريد به ابن أبى ليلى فإنه يقول : وإن ظهر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذ لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية . ومن العلماء من يقول : له أن يأخذ رهنا بحقه ، واختلاف العلماء بدورث الشبهة (قلنا : هذا القول لا يستند إلى دليل ظاهر) القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لأن حقه في الوصف في الحقيقة . وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ، ولا كذلك بخلاف الجنس لقبح التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بلون اتصال الدعوى به ، حتى لو ادعى ذلك) أى أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنا به (درء الحد عنه) لأن فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا . وقوله (ولو كان حقه درهم) ظاهر . وقوله (وقيل لا يقطع) قيل هو الأصح (لأن التقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة .

(قال المصنف : ولو كان حقه درهم فسرق دنائير) أقول : كان الألباب ذكر هذه المسئلة معلما على قوله وإن سرق منه عروضا ، إلا أنه لم يمتحن أن يفضل بين كلاس الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه .

(ومن سرق حيناً فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقتها وهي بخالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي، لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن عاد فاقطعوه» من غير فصل، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقيح لتقدم الزاجر، وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة. ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى، وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل، وقيام الموجب وهو القطع فيه، بخلاف ما ذكر لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه، ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعزى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية،

أو العبد من غريم المولى قطع إلا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لأن حق الأختل حينئذ لهما. ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لأن حق الأختل لغيره. ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله ومن سرق حيناً فقطع فيها فرداً) بأن كانت قائمة ثم عاد فسرقتها وهي بخالها يقطع، والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي (وما لك وأحمد) لقوله صلى الله عليه وسلم «فإن عاد فاقطعوه» فيها روى الدارقطني من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام «إذا سرق السارق فاقطعوا يده» ثم إن عاد فاقطعوا رجله اليسرى» الحديث (ولأن السرقة الثانية مثل الأولى) في سببية القطع (بل أفحش) لأن العود بعد الزاجر أقيح، وصار كما إذا باعه المالك من السارق، ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد فتومه بالرد إلى المالك ولهذا يضمن السارق لو ألتفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فإنه يقطع اتفاقاً (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) في حق السارق (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فإن كل واحد من هذه يوجب

وقوله (ومن سرق حيناً) ظاهر. وقوله (لأن الثانية متكاملة كالأولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كمين أخرى في حكم الضمان، حتى لو غصبها أو ألتفها كان ضماناً، فكذلك في حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لاشبهة فيه، وبهذه الأوصاف لزمه القطع في المرة الأولى فكذلك في المرة الثانية، وأما كونه أقيح فظاهر لتقدم الزاجر. وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) إشارة إلى قوله بعد أوراق. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه الخ». وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القاطع، فإن قيل: العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك، أجاب بقوله (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل) وقيام الموجب (وهو القطع فيه) فقوله نظراً إلى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما إذا باعه المالك من السارق الخ. وقوله والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجيء بقوله فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً الخ (وقوله وقيام الموجب) أي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع. وقوله (بخلاف ما ذكره) يعني أبا يوسف من صورة البيع (لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه، وأصله حديث بريرة وهو معروف. وقوله (ولأن تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا

(قال المصنف: والقياس أن يقطع) أقول: فيه إشارة إلى أن العصة في الاستدلال هو القياس، ولهذا لم يجه من الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول: هذا لإثبات المعصومية في المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه.

وصار كما إذا قُذِفَ المحدث في قُذِفَ المقتوف الأول . قال (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به ، وهذا هو علامة التبدل في كل محل ،

بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع بحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد ؛ بخلاف ما لو سرقه غيره لأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقتوف يده لاسواه فيقطع ، وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقه السارق إياه من غيره لأن فيهما تبدل الملك وتبدل الملك بموجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام « هو عليها صدقة ولنا منها هدية » مع أنه عين اللحم ، مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن تمتعه فلا يتم القياس عليه ، وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا . وأيضا فتكرار الجنابة بعد قطع يده نادر ، وتقدم أن ما ينذر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دينية زاجرة فلها حينئذ تعمرى عن المقصود وهو تقليل الجنابة ، إذ هي قليلة بالفرض فلم تقع في محل الحاجة ، وصار كما لو قُذِفَ شخصا فحد به ثم قلغه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانيا ، فكلما هذا ، أما لو قلغه بزنا آخر حد به . وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التي زنى بها أولا بعد أن جلد حدا بزناه الأول بها فلزناه ثانيا إجماعا ، فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته . ثانيا وقوعه في غير محل الحاجة إليه لو شرع . وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل في الزنا لا تنسقط باستيفاء الحد . بخلاف السرقة ، وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه : أعني كون إقامة الحد أولا توجب نذرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود ، وكذا الفرق بأن القطع حق لا يستوفى إلا بمصومة المالك والمصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع الوارد على خصوص هذا الوجه المنحى استقلاله (قوله فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذي قطع به (غزلا ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانيا (قطع) وكذا لو كان قطننا فصار غزلا (لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب .

أن القطع فهو دليل آخر . وتقريره تكرار الجنابة منه بالعود إلى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لنحمله مشقة الزاجر ، والنادر يعمرى عن مقصود الإقامة وهو تقليل الجنابة فلا يحتاج إليها (وصار كما إذا قُذِفَ المحدث في القذف المقتوف الأول) بالزنا الأول فإنه لا يحد نظرا إلى عراه عن مقصود الإقامة . فلن قيل : نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ، ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد ، حتى أن من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانيا ، بخلاف حد القذف فإن فيه حق العبد خصوصا على أصل الخصم ، وخصوصا المقتوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لأن المقصود إظهار كلب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرأة الأولى . أجيب بأن حد القذف نظير مسئلتنا من حيث أن هذا حد لا يستوفى إلا بمصومة فلا يتكرر بتكرار المصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف . والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد في الزنا إنما هو باعتبار المستوفى ، والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى ، لأن الأول تلاشى واضمحل . والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الأولى . وقوله (فإن تغيرت عن حالها) ظاهر ، والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد .

(قوله والمستوفى في المرة الثانية) أقول : يعنى منافع البيع (قوله لأن الأول تلاشى الخ) أقول : لكونه عرضا (قوله والقطع بالجر الخ) أقول : ولعل الخصم يقول للقطع في الأول باعتبار السرقة ، والأول تلاشت والثانية غيرها فليأتل .

وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل ، والقطع فيه فوجب القطع ثانيا ، والله أعلم بالصواب .

فصل في الحرز والأخذ منه

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالأول وهو الولاد للبسطة في المال وفي

(وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع) وهو بالحرز عطف على لفظ اتحاد لأجل لفظ المحل : أى وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لامن اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة لأنها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير بوجوبها شيئا آخر . فإن قيل : العين قائمة حقيقة وإنما تبدل الاسم والصورة . أجب بأن المتضمن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتضمن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر . وفي شرح الطحاوى : وإذا سرق ذهابا أو فضاة وقطع به وردده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضررها دراهم ثم عاد السارق فسرقة لا يقطع عند أبى حنيفة لأن العين لم تتغير عنده ، وقال : يقطع لأنها تغيرت . وفي كفاية البيهقي : سرق ثوبا فضاها ثم رده فنقص فسرق المتقوض لا يقطع ، لأنه لا يقطع حتى المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين أخرى .

وفصل في الحرز والأخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بلبات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لأنه كلام في ذاته ، ثم ثنى بحرزه لأنه خارج عنه ، ثم الإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم . وعن عائشة والحسن والنخعي أن من جمع المال في الحرز قطع وإن لم يخرج به . وعن الحسن مثل قول الجماعة . وعن داود لا يعتبر الحرز أصلا . وهذه الأقوال غير ثابتة عن نقلت عنه ، ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرنا فهو كالإجماع ، قاله ابن المنذر . وقد ثبت أن لا قطع في أقل من ثمن المهن ، ولا قطع في جريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الأمور الإجماعية وما بأخبار الأحاد ، وسأني ما هو أبلغ من ذلك : ثم الحرز ماعد عرفا حرزا للأشياء لأن اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه ، فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه ، اختلاف لذلك ، وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء ، وكذا هو في الشرع إلا أنه بقيد المالية : أى المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والمحانوت والخيمة والشخص نفسه ، والحرز مالا يعد صاحبه مضيعا (قوله ومن سرق من أبويه) وإن عليا (أو ولده) وإن سفلى (أو ذى رحم محرم منه) كالأخ والأخت والعم والأخوال والخالة والعمة (لا يقطع)

(فصل في الحرز والأخذ منه)

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا حرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذى يحصل به الوصف ، ثم الالة في سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران : البسطة في المال وفي حق الدخول

(فصل في الحرز)

(قوله وفرغ عن ذكر الموصوف ، إلى قوله الوصف) أقول : المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز (قال المصنف : فالأول وهو الولاد) أقول : أى فتح الأول القطع حلف المصنف إليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول : أى عن قرابة الولاد

الدخول في الحرز . والثاني للمعنى الثاني ، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها ، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقه . وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد بيناه في العتاق (ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعلمه

وقال مالك وشذوذ ؛ يقطع بالسرقه من الأيوبيين لأنه لاحق له في المأكل . ولذا يحذر بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكافي ، أما في الولاد فلا اختلاف فيه . وقال أبو ثور وابن المنذر : يقطع الأب أيضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية . وقال الشافعي : يقطع في السرقة من غير الولاد . أما وجه الأول : أي عدم القطع في قرابة الولاد فلأنها عادة تكون معها البسوسة في المال والإذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا ، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وأما غير الولاد وهو الذي أراد المصنف بقوله (والثاني للمعنى الثاني) أي الإذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة . قال المصنف (وقد بيناه في العتاق) أي في مسئلة « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » ونحن ألحقناه بقرابة الولاد ، وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم في إثبات الحرمة وافترض الوصل ، فلذا ألحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقه ووجوب النفقة ، ولأن الإذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم وللبا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للملوح والصدر للقلادة والساق للخلخال ، وما ذاك إلا لزوم المخرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الأعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر . وأيضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها ، وبالقسط يحصل القطع فوجب صونها بذكره في الكافي وسيأتي ما فيه . ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى - ولا تلعبوا أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكت أيمانكم - ورفع الجناح عن الأكل من بيوت الأعمام أو العمات مطلقا يؤنس إطلاق الدخول ، ولو سلم فإطلاق الأكل مطلقا يمنع قطع القريب ، ثم هو إن ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الإباحة على وزن ما قلنا في « أنت ومالك لأبيك » . فلان قلت : فقد قال « أو صديقكم » كما قال « أو بيوت أخوالكم » والحال أنه يقطع بالسرقه من صديقه . أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الأخذ إلا في حال العداوة (ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ، ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعلمه) فسرقه مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز ، وسرقه مال ذي الرحم من بيت

في الحرز وعن ذي الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوسة في الدخول في الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ماسيجي في كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى . وقوله (وفي الثاني) يعني وفي ذي الرحم المحرم (بخلاف الشافعي) فإنه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع (لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد بيناه في العتاق) ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز (ولو سرق ماله) أي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره يقطع) لوجود الحرز .

(قال المصنف : ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول : لعل المراد بالزينة الظاهرة ما يظهر عند ترك التكلف ، إلا في الكلام بحث .

(وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة ، بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة . وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة ، وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة ، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحجزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيده لم يقطع) لوجود الإذن بالدخول عادة ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكل ذلك عندنا خلافا لما ذهبوا إليه من أن الله لبسوطة بينهما في الأموال

غيره سرقة من حرز فيقطع ، وهذا يعكس على الوجه الذي قدمناه من أن في القطع القطعية فيندرج وهو الموعود ، ولما والله أعلم لم يرجع المصنف عليه (قوله وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبي يوسف لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولما يقطع بالسرقة منها اتفاقا ، وكذا الأب من الرضاعة . (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا) بأن زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبناتها ويقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة) فإن فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيها ، فالإلحاق بها في إثبات القطع أولى منه بالإلحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ، ثم تعرض المصنف لإبطال الوجه المذكور لأبي يوسف صريحا وهو قوله لأنه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحجزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فإنه يشتهر بالأنحس والانه ، وهذا يتضمن منع قوله أنه يدخل عليها من غير استئذان الخ ، فقال : لانتم ذلك إلا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيهم فلا يدخل بلا استئذان ، بخلاف النسب فإنه يشتهر فلا ينكر دخوله ، فالأخت قطع في سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب (قوله وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيده لم يقطع لوجود الإذن في الدخول عادة) فاختل الخرز (وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكل ذلك عندنا خلافا لما ذهبوا إليه) في أحد أقواله ، وبه قال مالك وأحمد ، وفي قول آخر كقولنا ، وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لأن للمرأة حقا في ماله : أي النفقة . وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة فإنها لما بدلت نفسها وهي أنفس

وقوله (وإن سرق من أمه من الرضاع) ظاهر . وقوله (والمحرمية بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا تجعل حرمة قوية عادة (كما إذا ثبتت) يعني المحرمية (بالزنا) فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وإن كانت المحرمية موجودة ، وكذلك إذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة . وقوله (وأقرب من ذلك) أي من المحرمية الثابتة بالزنا (الأخت من الرضاعة) يعني : أن الأم من الرضاع أقرب إلى الأخت من الرضاع في إثبات الحرمة من المحرمية الثابتة بالزنا ، ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاع فوجبة للقطع بالإجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك . ووجه الأقرب أن إلحاق الرضاع بالرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا . وقوله (وهذا) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحجزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر .

(قال المصنف : والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول : فيه تأمل (قوله الأخت من الرضاعة) أقول : أي محرمية الأخت (قال المصنف : عندنا لخالفني الخ) أقول : وذلك أنها بدلت نفسها وهي أنفس فالأخت أولى ، كلما قالوا لكنه خاص بما إذا كان المسروق منه الزوجة

عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لأن له في أحكامه حقاً (وكذلك السارق من المغنم) لأن له فيه نصيباً ، وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درأه وتعليلا .

من المال كانت بالمال أصح ، ولأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين . وفي موطن مالك عن عمر أنه أتى بفلام سرق امرأة لامرأة سيده فقال : ليس عليه شيء ، خادمتكم سرق متاعكم ، فإذا لم يقطع خادمتكم الزوج فالزوج أولى . قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعني عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر ، كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع ، وعنده يقطع كما تقبل في أحد قولي . فإن قلت : أحد الزوجين ربما لا يبسط للآخر في ماله بل يحبس عنه ويحرزه . قلنا : وكذلك الأب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا . وفي شرح الطحاوي : لو سرق من بيت الأصهار والأختان ، قال أبو حنيفة : لا يقطع ، وقالوا : يقطع . ولو سرق من بيت زوجة أبه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه إن كان يجمعها منزل واحد لم يقطع بالاتفاق ، وإن كان كل في منزل على حدة فعل الاختلاف المذكور . ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما . ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه ، سواء كان الزوج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف أنه قال : إذا قضى عليه بالقطع يقطع . ولو سرق من امرأته المتبوتة أو المختلطة في العدة لا قطع ، وكلنا إذا سرقته هي من الزوج في العدة وإن كانت متفضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بخلاف (لأن للمولى حقاً في أحكامه) ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لأنه إن عجز كان للمولى أو عتق كان له ، فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره ، كما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار ، وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب إذا سرق مال سيده لأنه عبد له أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر : يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية ، وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده ، وكان ممن المرأة ستين درهما ، وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء بخلافه فحل محل الإجماع فتخص به الآية ، والحكم في المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لأن له فيه نصيباً وهو مأثور عن علي درأه وتعليلا) رواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا الثوري عن سيبك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص وهو يزيد بن دثار قال : أتى علي رجل سرق من المغنم فقال : له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه ، وكان قد سرق مغفرا . ورواه الدارقطني . قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه

وقوله (ودلالة) معناه أنها لما بلدت نفسها وهي أنفس من الأموال فلأن تبدل المال أولى (وهو نظير الخلاف في الشهادة) فإن شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا ، وعنده تقبل في أحد قولي بل هذا أولى لأن هذه البسطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو ما يندرج بالشبهات أولى (قوله وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درأه وتعليلا) يراد به ما روى عن علي رضي الله عنه أنه أتى رجل سرق من المغنم فدرأه عنه الحد وقال إن له فيه نصيباً .

(قال المصنف : ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع ، إذ قوله : وكذلك السارق من المغنم الخ) أقول : فيه بحث لأن علم القطع في لعنت المستثنين على متضى هلين التليين لا يكون لانفاذ امرز فلا ينسب ذكرهما في هذا الفصل ، بل المرفوع المناسب لأمرهما الباب السابق عنه قوله ولا يقطع السارق من بيت المال ، والظاهر أن ذكرهما أسطرأى (قال المصنف : لأن له فيه نصيباً) أقول : هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع ، لكن الرواية مطلقة فيخص الثوري وشرح الطحاوي فلا بد من تعليل أمره .

قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور ، وحرز بالحفاظ) قال العبد الضعيف : الحرز لا بد منه لأن الاستمرار لا يتحقق دونه ، ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المد لإحراز الأمتعة كاللور والبيوت والصندوق والحانوت ، وقد يكون بالحفاظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو حرز به ، وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي الحرز بالمكان لا يعتبر

ابن ماجه : حدثنا جبارة بن المظلس عن حجاج بن نعيم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس « أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال : مال الله سرق بعضه بعضا » ولا يخفى أن هذا ليس بما نحن فيه ، ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم « مال الله سرق بعضه بعضا » وكلامنا فيما سرقه بعض مستحق الفدية ، وإسناده ضعيف (قوله قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لأن الاستمرار لا يتحقق دونه) لأنه إذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو إنسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق إخفاء الأخذ والدخول فلا يتحقق السرقة ، وعلى هذا يكون قوله تعالى - والسارق والساوقة فاقطعوا أيديهم - بنفسه يوجب الحرز إذ لا تتصور السرقة دون الإخفاء ، ولا يتحقق الإخفاء دون الحفاظ ، فيخفى الأخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس . والأحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر معلق ، ولا في جريسة الجبل ، فإذا آواه المراح أو البحرين فالقطع فيها بلغ ثمن الحن » ونحوه وارد على وفق الكتاب لأميين مخصص (ثم هو على نوعين : حرز) بالمكان (كاللور والبيوت) والجدران والحانوت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والحركاء وجميع ما أعد لحفظ الأمتعة ، وقد يكون بالحفاظ وهو بدل عن الأماكن المبلية على ما ذكر في المحيط . وذلك (كمن جلس في الطريق) أو في الصحراء (أو في المسجد وعنده متاع فهو حرز به ، وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما زواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم ، وحكم صاحب التتبع ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح ، وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة ، وإن كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ، ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة . وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه أنه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فنام ، فاتاه لص فاستلمه من تحت رأسه ، فأنزله فأقن به النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن هذا سرق رداي ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أسرت رداء هذا ؟ قال نعم ، قال : أذهب به فاقطع يده ، فقال صفوان : ما كنت أريد أن تقطع يده في رداي ، قال : فلو لا كان قيل أن تأتي به ؟ زاد النسائي « فقطعه » وفي المستدرک : ساء خيصة ثمن ثلاثين درهما (قوله وفي الحرز بالمكان لا يعتبر

قال (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراى به حفظ الأموال ، وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو إما يكون بالمكان المعبود لحفظ الأمتعة والأموال ، ويختلف ذلك باختلاف الأموال (كاللور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحفاظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فإنه حرز به) وكل واحد منهما ينفلك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) وهو ليس بجزز لأنه لم يقصد به الإحراز ، وإذا سرق من البيت ولم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (ففي الحرز بالمكان لا يعتبر،

الإحراز بالحفاظ هو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كائ وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده فيه قبله ، بخلاف المحرز بالحفاظ حيث يجب القطع فيه ، كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتم السرعة ، ولا فرق بين أن يكون الحفاظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح لأنه بعد التأتم عند متاعه حافظا له في العادة .

الإحراز بالحفاظ هو الصحيح (احتراز عما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن : أي في وقت دخولها إذا كانت حرة حافظ . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقطع ، وبه أخذ أبو الليث والصدور الشهيد وفي الكافي : وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب . وجه الصحيح (أنه محرز بدون الحفاظ) لأن المكان في نفسه صالح للإحراز زهو المنع من وصول يد غير صاحبه إلى ما فيه ، ويكون المال مع ذلك مخفيا ، وليس هذا مع الحفاظ فهو فرغ ، ولا اعتبار للفرق مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه ، فلذا كان الأصح أنه إذا دخل الحمام في وقت الإذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع ، لأن الحمام في نفسه صالح لصيانة الأموال ، إلا أنه اختل الحرز للإذن في دخولها ولما يقطع إذا سرق منها ليلا ، بخلاف المسجد فإنه ما وضع لإحراز الأموال فيقطع السارق بماله عنده من يحفظه فيه ، وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ، ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وإن لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لأن البناء للإحراز (إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج لقيام يد المالك قبل الإخراج) من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه (بخلاف المحرز بالحفاظ فإنه يقطع كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتم السرعة) فيجب موجبا (ولا فرق) في وجوب القطع (بين كون الحفاظ في الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو تحته رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه (لأنه بعد التأتم عند متاعه) وبخبرته كيفما نام مضطجعا أو لا (حافظا له في العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم بأشراط كون المتاع تحت

الإحراز بالحفاظ (فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن ماله فيه يحفظه لا يقطع لأن المعتبر هو الحرز بالمكان . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في العيون أنه عند أبي حنيفة يقطع فيه . وجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لأنه يمنع وصول اليد إلى المال ويكون المال مخفيا به ، وأما الحرز بالحفاظ فإنه وإن منع وصول اليد إليه لكن المال لا يخفى به ، ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع به كما لا يخرج المتاع منه لقيام يده قبله ، والمحرز بالحفاظ يجب القطع فيه إذا أخذ المال (لزوال يد المالك بمجرد الإخذ فتم السرعة) وهذا أيضا مما يدل على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحفاظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح) لأن التأتم عند متاعه بعد حفاظ المتاع (وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا إن صاحب المتاع إنما يكون محرز المتاع في حال نومه إذا جعل المتاع تحته رأسه أو تحته جنبه ، أما إذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرز في حال نومه ، أخذوا ذلك من قوله في الأصل المسافر يزول في الصحراء فيجتمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع . قالوا : قوله يبيت عليه يشير إلى أنه إنما يقطع إذا نام عليه ، ومال إلى الأول

(قال المصنف : لأنه محرز بدونه وهو البيت) أقول : قال الزيلعي : لأن الحرزية فوق الحرز بالحفاظ لأن الحرز جامع وصول اليد إلى المال وبه امتنع من احتفائه من أصمهم ، فكان الحرز بالحفاظ دونه فيكون كاليد عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى . لا يقال إذا كان في الحرز بالحفاظ شبه البلية يجب أن لا يقطع السارق منه إذ الجلود تتلوث بالخبثات لأنها تركت القهاس لحديث صفوان .

وصلى هذا لا يضمن المودع والمستعير مثله لأنه ليس بتضييع ، بخلاف ما اختاره في الفتاوى . قال (ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لأنه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله) لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول فانخل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات ، إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لأنه محرز بالمحافظ لأن المسجد

رأسه أو تحت جنبه . وجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) إذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ، ولو لم يكن ذلك حفظا لضمانا (بخلاف ما اختاره في الفتاوى) فإنه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير إذا نام مضطجعا ، ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الأنواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي ، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غير يقطع ، بخلاف ما إذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر ، وهو مقيد بما إذا لم يكن معها من يحفظها ، فإن كان قطع إذا لم يكن راعيا ، فإن كان الذي يحفظها الراعي ، ففي البقال لا يقطع ، وهكذا في المتن عن أبي حنيفة . وأطلق بخواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ . ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره . ونقل الإسماعيلي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الأماكن المذكورة والياب الثقبية منها ، وهذا قول الشافعي (قوله ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز) كالمصراع (وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما إذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه ، وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به إذا كان وقت الإذن ، إلا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فإنه حرز ، على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تقييد له ، فإنه بعمومه يقتضي أن لا يقطع . وإن كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب ، وهذا تفريع على ما قدمه من الأصل المذكور (قوله ويدخل في ذلك) أي يدخل في بيت أذن في دخوله (الخانات والحوانيت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فإن التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشترؤا منه فإذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكلما الخانات (إلا إذا سرق منها ليلا لأنها بنيت لإحراز الأموال) وإنما اختل الحرز بالهار للإذن وهو متنفذ بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالمحافظ ، لأن المسجد

ممس الأئمة . وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لأنه ليس بتضييع ، بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها لئهما يضمنان في هذه الصورة ، ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره هس الأئمة ثم قال : وقالوا إنما لا يجب الضمان إذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيها إذا نام قاعدا ، وأما إذا نام مضطجعا فعليه الضمان ، وهذا إذا كان في الحضر ، وأما إذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا ، كما في النهاية . وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعني في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الإذن عادة) يعني في الحمام (أو حقيقة) يعني في البيت الذي أذن للناس بالدخول فيه . وقوله (ويدخل في ذلك) أي في قوله أو من بيت أذن للناس في دخوله . وقوله (إلا إذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع . وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر .

(قال المصنف : ومن سرق شيئا من حرز) أقول : تفريع ويان لما قاله أو لا بقوله الحرز على نوعين الخ .

مابني لإحراز الأموال فلم يكن المال محرزا بالمكان ، بخلاف الحمام والبيت اللذين أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الإحراز بالحفاظ (ولا قطع على الضيف إذا سرق من أضافه) لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة (ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبه عدم الأخل (فإن كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة إلى محض الدار قطع) لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع)

مابني لإحراز الأموال فلم يكن محرزا بالمكان (ليقطع اعتبار الحفاظ ثم تختل حرزيتة بالإذن كأالحمام ، فكان الحفاظ معتبرا حرزا فيقطع بالأخل ، وعلى هذا ما في الخلاصة : جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ، ولو كان في المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف إذا سرق من أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة) وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صنوق مقفل ، ذكره القدوري في شرحه ، لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ، ولهذا إذا أخرج الناص من بعض بيوت الدار إلى الدار لا يقطع ما لم يخرجها من الدار ، وإذا كان واحدا في الإذن في الدار احتل الحرز في البيوت ، وسألت ما ينفذ هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج ، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبه عدم الأخل) وهتك الحرز (فلذا كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى محض الدار قطع) هذا كلام محمد ، وأول بما إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنزلة من محض الدار ، وإنما ينتفعون بانتماعهم بالسكنة لأنه على هذا التقدير بعد الإخراج إليها كالإخراج إلى السكنة ، بخلاف ما تقدم لأن بيوت الدار كلها في يد واحد ، وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان . وفي الفتاوى الصغرى : القوم إذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فغلب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا . ثم في الفصل الأول قال بعضهم : لأخيان عليه إذا تلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه . والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التمديد بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل

وقوله (ومن سرق سرقة) أي مالا وسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ، ومنه قول محمد : إذا كانت السرقة مصغضا . وقوله (وإن كانت فيها) أي في الدار (مقاصير) يعني حجرات وبيوت . وقوله (وإن أغار إنسان) أي دخل بسرعة . قال في النهاية ناقلان عن المغرب : إن أغار لفظ شمس الأئمة الحلواني والضمري ، وأما لفظ محمد فهو وإن أغار إنسان من أهل المقاصير لإنسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى . ولفظ شمس الأئمة السرخسي كذلك ، وكأنه أصبح لأن الإغارة في باب السرقة غير لاقية ، لأن السرقة أخذه مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لأنه يسارق عين المسروق منه ، والإغارة أخذ في البجاعة مكابرة ومغالبة . وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة وغتفيا عن أعين الناس ، ومثل هذا المعنى لا يليق به

لما بينا (وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه ، والثاني لم يوجد منه نكث الحُرز فلم يتم السرقة من كل واحد . وعن أبي يوسف رحمه الله : إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فاقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فقتلها من يد الداخل فليهما القطع ، وهى بناء على مسألة تأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى . (وإن ألقاه في الطريق وخرج فأنقذه قطع) وقال زفر رحمه الله : لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع

مقصودة على غرة فأنقذ بسرقة ، يقال أغار القرم والتعلب في العدو : إذا أسرع ، وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (وقوله وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فقتلها آخر خارج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين إخراج الداخل يده إلى الخارج أو إدخال الخارج يده (ثم روى عن أبي يوسف : إن أخرج الداخل يده منها إلى إخراج فاقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فقتلها فليهما القطع) وعلى الإطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لاعتراض يد معتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أى قبل خروج الداخل ، والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبي يوسف لأنه تدخل الحُرز وأخرج المال منه بنفسه ، وكونه لم يخرج كالمعه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة وإخراج المال ، وما قيل إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع لكذلك الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده ، وإنما تم بهما إذا أدخل الخارج يده فأخذها ، وفيه قال أبو يوسف يقطعان . وقول مالك إن كانا متعاونين قطعاً هو محمل قول أبي يوسف ، وقال : فإن انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما ، وهذا لا يتحقق إلا إذا اتفق أن خارجاً رأى نقباً فأدخل يده فوقعت على شيء مما جمعه الداخل فأخذته فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما . قال : والمسئلة بناء على مسألة أخرى تأتى معنى مسألة نقب البيت وألقاه في الطريق ثم خرج وأخذ ، ولم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذ ، قيل يقطع ، والصحيح أنه لا يقطع . قيل ولو كان في الدار نهر جارى المال في النهر ثم خرج فأخذ ، إن خرج بقوة الماء لا يقطع لأنه لم يخرج ، وقيل يقطع لأنه إخراج ذكره التمرشاشي . وقال في المبسوط فيما إذا أخرجه الماء بقوة بجريه الأصح أنه يلزمه القطع ، وهو قول الأئمة الثلاثة لأن جرى الماء به كان سبباً لإلقائه فيه فيصير الإخراج مضافاً إليه ، وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكناً من خلع صاحب البيت فلا يكون مسقطاً للقطع عنه ، ولو كان راكداً أو جريه ضيقاً فأخرجه بتحريك الماء قطع بالإجماع ، وهذا يرد نقضاً على مسألة المنعيب لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد للمعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه الداخل في الطريق ثم خرج وأخذ قطع) وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافاً لزفر (له أن الإلقاء غير موجب للقطع

إلا الإغارة ، وإذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الإغارة مروياً عن محمد ، وكان قول المصنف فسرّق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن كل مقصورة الخ . وقوله (وإذا نقب اللص البيت) ظاهر . وقوله (وهى بناء على مسألة تأتى بعد هذا) إشارة إلى مسألة نقب البيت (قوله وإن ألقاه في الطريق) واضح . وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرى إلى الطريق لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض

(قوله وكان قول المصنف فسرّق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين) أقول : يمتنع التحول باليل جواً والاختفاء عن أمين الناس (قوله وهو بناء على مسألة) أقول : يظهر بناقضاً عليها بأدق التأمّل ، لكن لا بد في قطع الداخل إذا أدخل الخارج يده من بلاطة دليل قوله إذا دخل الحُرز جماعة .

كما لو خرج ولم يأخذ ، وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذ غيره . ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعلم الخروج مع المتاع ، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم يتعرض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا ، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق . قال (وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه) لأن سيره مضاف إليه لسوقه (وإذا دخل الحُرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف : هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله ،

كما لو خرج ولم يأخذه (بأن تركه أو أخذه غيره (وكذا الأخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعلم الخروج مع المتاع لضيق الثقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار) إن أدرك (ولم يتعرض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا ، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لاسارق) وإذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه . والحاصل أن يد السارق تثبت عليه ، وبالإلقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ؛ ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فردّه إليه كرده إلى صاحبه ، بخلاف ماله أخذه غيره لسقوط اليد الحكيمة باليد الحقيقية (وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه بسوقه) فيقطع . وفي مبسوط أبي اليسر : وكذا إذا علقه في عنق كاتب وزجره يقطع ، ولو خرج بلا زجره لا يقطع لأن الدابة اختيارا ، فلم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا يقطع نسبة الفعل إليها ، وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع (قوله وإذا دخل الحُرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا . قال رحمه الله : وهذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر) والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ ، والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإما تمت السرقة منه . قلنا : نعم هذا هو القياس ، ولكننا استحسانا قطعهم

يد أخرى على يده ، وإذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع (قوله ولم يتعرض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فإن هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فأوجب سقوط اليد الحكيمة للسارق فلما لم تسقط اليد الحكيمة هنا لم يرد ما ذكره زفر لأنه خرج من الحُرز ولا مال في يده . وقوله (فاعتبر الكل) أي إلقاءه في الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحُرز فإنه فعل واحد كذلك . هذا وقوله (فإذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ . وقوله (وكذلك إن حمله على حمار) ظاهر . قال (وإذا دخل الحُرز جماعة) كلامه واضح ، وإنما وضع المسئلة في دخول جميعهم لأهم إذا اشتركوا وافترقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف فعليهم التحذير ، ولا يقطع واحد منهم ، وإن كان غير الداخل يعين الداخل . والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاوتهم بهتلك الحُرز بالدخول فلم يعتبر اشترائهم لما أن كمال هتك الحُرز إنما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشترائهم ، قالوا : هذا إذا كان الأخذ الحامل من يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلا بالغاً ، وأما إذا كان الأخذ الحامل صبيّا أو مجنوناً فلا يقطع واحد منهم لأن غير الحامل في هذا الفعل تبع للأخذ الحامل ، فإذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وإن كان الذي تولى الحمل والإخراج كبيرا لكن فهم صبي أو مجنون فلكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد ، لأن الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة

لأن الإخراج وجد منه فتحت السرقة به . ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى ، وهذا لأن المعتاد فيها بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقيون للدفع ، فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد . قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا لم يقطع) وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحزرو هو المقصود فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصبري فأخرج القطري . ولنا أن هتك الحزب يشترط فيه الكمال تحززا عن شبهة العدم والكمال في الدخول ، وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد ، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول ، وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد . قال (وإن طر صرة خارجية من الكم

(لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى) وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ والباقيون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم ، وأن قدرة القاتل والأخذ إنما هي بهم فكلها هنا (فإن السراق يعتادون ذلك فيفتقر غير الحامل للدفع) فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه . وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد) إن منع لم يضر ، وإنما وضعها في دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكهم اشتروا في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف عزروا كلهم وأيد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئا لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولنا لم يذكر الحاكم خلافا (وروى عن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع) وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحزب هو المقصود وقد تحقق ، والدخول فيه لم يفعل قط إلا لأنه فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد ، فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (وصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصبري فأخرج القطري) أو في الجوالي . والقطري : درهم منسوب إلى القطري بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد ، وكانت دراهمه من أعز النقود ببخارى . قال المصنف (ولنا أن هتك الحزب يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبتته بقوله (تحززا عن شبهة العدم) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطه ، فإن الناقص يشبه العدم ، وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حوز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ، ولا شرط لوجودها إذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه ، وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لانقص فيه ، وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لأنه قلما يقدر على إخراج شيء ما لم يصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه ، وقلما يدخل الإنسان يده من كوة بيت فتقع على ما ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره ، بخلاف البيت (وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فإنه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أي شق (صرة) والصرة الهيمان والمراد من الصرة هنا

في فعل بعضهم فلا يجب على الباقيين . وقال أبو يوسف : يجب القطع إلا على الصبي والمجنون (قوله ومن نقب البيت) واضح . والقطري هو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد ، والدرهم القطريفة كانت من أعز النقود ببخارى كلها في المغرب . ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روى عن علي أنه قال : اللص إذا كان ظريفا لا يقطع ، قيل : وكيف ذلك ؟ قال : أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن أن يدخل . وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصبري . فإن قيل : لو كان الكمال في هتك الحزب شرطا تحززا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيها تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض . لأن فيه شبهة العدم . أجاب بأن ذلك هو المعتاد (وإن طر صرة) الطرار هو الذي يطر الهيمان : أي

لم يقطع ، وإن أدخل يده في الكم يقطع (لأن في الوجه الأول الرباط من خارج ، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر فلا يوجد هناك الحرز . وفي الثاني الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الأخذ في الوجهين يتعكس الجواب لانعكاس العلة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع على كل حال لأنه حرز إما بالكم أو بصاحبه . قلنا : الحرز هو الكم لأنه يعتمد ، وإنما قصده قطع المسافة

الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (لم يقطع ، وإن أدخل يده في الكم قطع ، لأن في الوجه الأول الرباط من خارج ، فبالطر يتحقق الأخذ من خارج فلا يوجد هناك الحرز . وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الأخذ في الوجهين يتعكس الجواب) فإذا كان الرباط من خارج يقطع لأنه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم ، وإن كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لأنه حينئذ يأخذها من خارج الكم ، فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة . وعن أبي يوسف أنه) أي الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الأئمة الثلاثة ، لأن في صورة أخذه من خارج الكم إن لم يكن حرزا بالكم فهو حرز بصاحبه ، وإذا كان حرزا بصاحبه وهو نائم إلى جنبه فلأن يكون حرزا به وهو يقفان والمال بلاصق بدنه أولى قلنا : بل الحرز هنا ليس إلا الكم لأن صاحب المال يعتمد الكم أو الجيب لقيام نفسه فصار الكم كالصندوق ، وهذا لأن المطرور كنه إما في حال المشي أو في غيره ، فقصوده في الأول ليس إلا قطع المسافة لا حفظ المال ، وإن كان الثاني فقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فإنه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك ، فإنما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب ، ألا ترى أن من شق جبه القفا على جل يسير فأخذ ما فيه قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوانق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ، ولو أخذ الجوانق بما فيه لا يقطع . وكذا لو سرق من القسطاط قطع ، ولو سرق نفس القسطاط لا يقطع ، لأنه ليس حرزا بل ما فيه حرز به فلذا قطع فيها فيه دونه ، بخلاف ما لو كان القسطاط ملفوفا عنده يحفظه أو في قسطاط آخر

يشقها ويقطعها ، والصره وعاء الدراهم ، يقال صررت الصرة : أي شددتها ، والمراد بالصره هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم ، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عومه بل هو محمول على الصورة الثانية ، وهي ما إذا أدخل يده في الكم فطرها (قوله فلا يوجد هناك الحرز) يعني إدخال اليد في الكم وإخراج الدراهم منه . وقوله (في الوجهين) أي من الخارج والداخل . وقوله (يتعكس الجواب) يعني فيما إذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع ، لأنه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم إلى إدخال اليد في الكم ، فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هناك الحرز ، بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل الكم فإنه لا يقطع ، لأنه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محمولة ، فكان الأخذ من خارج الكم فلم يقطع لأنه لم يترك الحرز في أخذ المال ، لأنه وإن أدخل اليد في الكم إلا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من الكم ، ولهذا معنى بقوله يتعكس الجواب لانعكاس العلة . وقوله (لأنه يعتمد) أي لأن صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لقيام

(قال المصنف : لأن في الوجه الأول إلى قوله : هناك الحرز) أقول : فيه بحث ينتفع بألف تأمل ، فإنه لا يدخل يده في الحرز حيث لمع قابلية الحرز لذلك إذا كان الطر من خارج فلم يوجد هناك الحرز حل المال (قال المصنف : لأنه حرز إما بالكم) أقول : قال الكاكي أي في صورة طر خارج الكم (أو بصاحبه) أي في صورة طر داخل الكم بل المال حرز بصاحبه والمال تبع التمس . بل الظاهر مكس ذلك ، وأيضا حينئذ لا يلزم قوله لنا الحرز هو الكم إذ أبو يوسف لا يتكره .

أو الاستراحة فأشبهه الجوالقي (وإن سرق من القطار بعيرا أو حمارا لم يقطع) لأنه ليس بمحرز مقصودا فتتممكن شبهة العدم ، وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وإن شق الحمل وأخذ منه قطع) لأن الجوالقي في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكف فوجد الأخذ من الحرز فيقطع (وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه إن كان الجوالقي في موضع هو ليس بمحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اختراه من قبل .

فإنه يقطع به . وزلو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وإن كان الراعي معها ، لأن الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي ، بخلاف مالهو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لأنها بنيت لحفظها . وعند الأئمة الثلاثة إذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لأنها محرزة به ، وإن كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة ، وكذا إذا أخذ الجوالقي بما فيه من الإجمال المقطرة يقطع ، وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر أن ما يطلق في الأصول من أن الطرارة يقطع إنما يأتي على قول أبي يوسف (قوله وإن سرق من القطار بعيرا أو حمارا لم يقطع) لأنه ليس بمحرز مقصودا فتتممكن فيه شبهة العدم ، وهذا لأن السائق والراكب والقائد إنما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وإن شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالقي في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكف فوجد الأخذ من الحرز فيقطع) وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الإجمال والحمل والجوالقي والشق ثم الأخذ ، وأما القائد فحافظ للحمل الذي زمامه بيده فقط عندنا . وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ لكل فالكل محرزة عندهم بقوده . وفرض أن قصده القطع المسافة ونقل الأمتعة لا ينافي أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والمنع به ، وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في جريسة الجبل يحمل على ترك الراعي إياها في المرعى وغيبها عن عينه أو مع نومه ، والقطار بكسر القاف : الإبل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ، ومنه جاء القوم متقاطرين : إذا جاء بعضهم إثر بعض (قوله وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ، ومعناه إذا كان الجوالقي في موضع ليس بمحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد ، والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة ، وكذا النوم بقرب منه على ما اختراه من قبل) يعني عند التصحيح . وقوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة .

نفسه عند المال ، لأن قصد صاحب الكف من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أمرين : قطع المسافة ، أو الإسراحة وذلك لأنه إما أن يكون في حالة المشي أو في غير حالته ، ففي الأول قصده قطع المسافة لا حفظ المال ، وفي الثاني قصده الاستراحة ، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب ، ألا ترى أن من شق الجوالقي الذي على إبل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالقي حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالقي هاتكا للحرز فيقطع . ومن سرق الجوالقي بما فيه والجوالقي على إبل تسير لا يقطع لأن السائق والقائد إنما يقصد بقطعه قطع المسافة والتوقف لا الحفظ فلم يصر الجوالقي محرزا به مقصودا على ما هو المذكور في الكتاب . وقوله (وإن سرق من القطار بعيرا) القطار : الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ، ومنه تقاطر القوم إذا جاؤوا أرسالا .

وذكر في بعض النسخ : وصاحبه نائم عليه أوحيت . يكون حافظا له ، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار ، والله أعلم بالصواب .

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلونه من قبل ، واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا الفصل : أعنى الرسم متيقن به ،

وذكر في بعض النسخ الجامع : وصاحبه نائم عليه أوحيت . يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أبو تحته .

(فصل في كيفية القطع وإثباته)

ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفصيل المسال والحرز لأنه حكم سرقة المسال الخاص من الحرز فيتعقبه (فالقطع لما تلونا من قبل) وهو قوله تعالى - فاقطعوا أيديهما - والمعنى يديهما ، وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى - فقد صبغت قلبكما - ، وقد بينى وقال :

• ظهرهما مثل ظهور الرسين • والألفصح الجمع ، وأما كونها التين بقراءة ابن مسعود - فاقطعوا أيماهما - وهي قراءة مشهورة فكان عبرا مشهورا فيقيد إطلاق النص ، فهذا من تعييد المطلق لأن بيان الجمل لأن الصحيح

وقوله (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مسيقظا إلى قوله وهو الصحيح ، والله أعلم

(فصل في كيفية القطع وإثباته)

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفية وهذا الفصل في بيانه . الزند مفصل طرف النزاع من الكف . والخسم من حسم العرق : كواه بجديدة محماة لثلا يسيل دمه (فالقطع لما تلونه) يعنى قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية (واليمين بقراءة ابن مسعود) - فاقطعوا أيماهما - وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرفت في الأصول (ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا الفصل : أعنى الرسم متيقن به) من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل ، فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس إن المستحق قطع الأصابع فقط لأن بطشه كان بالأصابع فتقطع أصابعه ليحول تمكنه من البطش بها لأن فيه قطعاً مكرراً ، وفيما قلنا قطع واحد على أنه مخالف للنص لأن المذكور فيه اليد ، وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لأن اليد اسم للجراحة من رموس الأصابع إلى الأباط لأن فيه

(فصل في كيفية القطع)

(قال المصنف : لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط) أقول : ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكلي والجزء كلفظ القرآن . قال العلامة الكاظمي : " اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرقق وقد تكون من الريح بمصطلح العرب واللفظ والشرع ، ولكن زال هذا الإجماع ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل البصابة رضوان الله تعالى عليهم وإجماعهم أنه (قوله لأن الاسم) أي اسم اليد . وقوله

كيف وقد صبح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند، والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام
« فاقطعوه واحسموه » ، ولأنه لو لم يحسم يفضى إلى التلف والحد زاجر لامتلف

أنه لا إجماع في قوله - فاقطعوا أيديهما - وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليدين ، وكلما الصحابة ، فلو لم يكن التقيد مراداً لم يفعله وكان يقطع اليسار ، وذلك لأن اليدين أنفع من اليسار لأنه يتمكن بها من الأعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار ، فلو كان الإطلاق مراداً والامتنال يحصل بكل لم يقطع إلا اليسار على عادته من طلب الأيسر لم ما أهكن . وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلأنه للتوارث ، ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمؤثر لا يبالى فيه بكفر الناقلين فضلاً عن فسقهم أو ضعفهم . وروى فيه خصوص متون : منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه « ثم أمر بقطعه من المفصل » وضعف بالزعم . وابن عدي في الكامل ص عبد الله بن عمر قال « قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقاً من المفصل » وفيه عبد الرحمن بن سلمة . قال ابن القطان : لا أعرف له حالاً . وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلاً من المفصل ، وإنما فيه الإرسال . وأخرج عن عمر وعلى أنها قطعاً من المفصل وانتقد عليه الإجماع ، فما نقل عن شدوذ من الاكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش ، وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لأن اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته . وبتقدير ثبوته هونرق للإجماع ، وهم لم يقدحوا في الإجماع قبل الفتنة ، ولأن اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما إلى الرسغ إطلاقاً أشهر منه إلى المنكب ، بل صار يتبادر من إطلاق اليد فكان أولى باعتباره ، ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما إلى المنكب هو المراد وما إلى الرسغ ، فيمتص ما إلى الرسغ حرماً للزائد عند إحتمال عدمه ، وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام : ما إنحاله سرق فقال السارق : بلى يا رسول الله ، فقال : اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم اتفوى به ، فقطع ثم حسم ثم أتى به ، فقال : تب إلى الله ، قال : تب إلى الله ، قال : تاب الله عليك » وقال : صحيح على شرط مسلم ، ورواه أبو داود في المراسيل ، وكلنا رواه أبو القاسم بن سلام في غريب الحديث . وأخرج الدارقطني عن حجة عن علي « أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكانت أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنها أيور الحمر . والحسم الكي لينقطع الدم . وفي المغرب والمخفى لابن قدامة : هو أن يغمس في الدهن الذي أهلى ، وثن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم ، لأنه أمر القاطع به ، وبه قال الشافعي في وجهه ، وعندنا هو على السارق . وقول المصنف (لأنه لو لم يحسم يؤدى إلى التلف) يقتضى وجوبه ، والمنقول عن الشافعي وأحد أنه مستحب ، فإن لم يفعل لا يأتى ، ويسن تطبيق يده في عقبه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به . رواه أبو داود وابن ماجه . وعندنا ذلك مطلق للإجماع إن رآه ، ولم يثبت منه عليه الصلاة والسلام في كل من قطعه ليكون سنة

تكبيراً للمقطوع ، . وقوله (كيف وقد صبح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقالوا : يا رسول الله إن هذا سارق ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما إنحاله سرق ، فقال السارق : بلى يا رسول الله ، فقال : اذهبوا به فاقطعوه . ثم احسموه » الحديث . وقوله (ولأنه لو لم يحسم) ظاهر .

يتناول اليد : أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) أقول : فيه شيء لأن ظاهر أسلوبه يوم أن يكون قوله والحسم سطوفاً على قوله يقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند .

(فإن سرق ثانيا قطعت رجليه اليسرى ، فإن سرق ثالثا لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر أيضا ، ذكره المشايخ رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله : في الثالثة تقطع يده اليسرى . وفي الرابعة تقطع رجليه اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام « من سرق فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه » ويروى مفسرا كما هو مذهبه ، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى إلى شرح الحد .

(قوله وإن سرق ثانيا قطعت رجليه اليسرى) بالإجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ، ثم يقطع من الكعب عند آخر أهل العلم وفعل عمر ذلك . وقال أبو ثور والروافض : يقطع من نصف القدم من مقعد الشراك لأن عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشی عليه . قال (فإن سرق ثالثا لا يقطع) بل يعزر (ويخلد في السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعي : في الثالثة تقطع يده اليسرى ، وفي الرابعة تقطع رجليه اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام « من سرق فاقطعوه ، ثم إن عاد فاقطعوه ، ثم إن عاد فاقطعوه » وهو بهذا التفظ لا يعرف ، ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال « جئى يسارق إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقلوه ، قالوا : يا رسول الله إنما سرق قال : اقلوه فقطع ، ثم جئى به في الثانية فقال اقلوه ، قالوا : يا رسول الله إنما سرق ، قال : اقلوه فقطع ، ثم جئى به في الثالثة فقال : اقلوه ، قالوا : يا رسول الله إنما سرق ، قال اقلوه فقطع ، ثم جئى به في الرابعة فقال : اقلوه ، فقالوا : يا رسول الله إنما سرق ، فقال اقلوه فقطع ، ثم جئى به في الخامسة قال : اقلوه ، قال جابر : فاطلقنا به فقتلناه ، ثم اجترأناه فألقيناه في بئر ورميناه عليه الحجارة » قال النسائي : حديث منكر . ومصعب بن ثابت ليس بالقوي . وأخرج النسائي عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحارث بن حاطب اللخمي « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص قال اقلوه ، قالوا : يا رسول الله إنما سرق ، قال : اقلوه ، فقطع ، ثم سرق فقطعت رجليه ، ثم سرق على عهد أبي بكر حتى قطعت قوائمه الأربع كلها ، ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهنا حين قال : اقلوه » ورواه الطبراني والحاكم في المستدرک وقال : صحيح الإسناد . قال المصنف (وروى مفسرا كما هو مذهبه) أخرج الدارقطني عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجليه ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجليه » وفي سننه الواقدي . وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ، ولذا طعن الطحاوي كما ذكره المصنف فقال : تتبعنا هذه الآثار فلم نجد شيء منها أصلا . وفي المبسوط : الحديث غير صحيح ، ولا استجوع به بعضهم في مشاورة علي ، ولئن سلم يحمل على الاتساع لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود : ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع أيدي العزنيين وأرجلهم وممل أعينهم ثم اتسع ذلك . وأما فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق فشكا إليه أن عامل اليمن ظلمه ، فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه : وأبيك

وقوله (ويخلد في السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة بالقطع ، وإنما يقطع يمينه أول سرقة ، ورجله اليسرى في ثانيا ، ثم يعزر بعد ذلك ويمسح عندنا . وعند الشافعي بعد الرابعة يمحي ، وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل . وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) هو في حديث أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الأولى تقطع يده اليمنى ، وفي الثانية الرجل اليسرى ، وفي الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل اليمنى » (قوله ولأن الثالثة) ظاهر .

ولنا قول علي رضي الله عنه فيه: إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي

بأهلك بليل سارق ، ثم إنهم فقدوا عقدا لأسياء بنت عيسى امرأة أبي بكر الصديق رضي الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول : اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح ، فوجدوا الخبيث عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به ، فاعترفت الأقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى ، وقال أبو بكر : لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته . ورواه عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت : قدم علي أبي بكر رضي الله عنه رجلا أقطع ، فشكا إليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة وقال : والله ما زدت علي أنه كان يوليني شيئا من عمله فختته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي ، فقال له أبو بكر : إن كنت صادقا فلا أقيدك منه ، فلم يلبثوا إلا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم ، فاستقبل القبلية ورفع يديه وقال : اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح ، قال : فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده ، فقال له أبو بكر رضي الله عنه : وملك لك لقليل العلم بالله ، فقطع أبو بكر يده الثانية . قال محمد بن الحسن في موطنه : قال الزهري : ويروى عن عائشة قالت : إنما كان الذي سرق علي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى . قال : وكان ابن شهاب أعلم بهلما الحديث من غير هذا ، وقد حكى عن عطاء وعمر بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك . وذهب مالك والشافعي إلى أنه يعزرو ويحبسون كقولنا في الثالثة (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار : وأخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا ، إني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها . ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال : كان علي لا يقطع إلا اليد والرجل ، وإن سرق بعد ذلك صحنه ويقول : إني لأستحي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا حاتم بن إسحاق عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : كان علي لا يزيد علي أن يقطع السارق يدا ورجلا ، فإذا أتى به بعد ذلك قال : إني لأستحي أن أدعه لا يظهر لصلاته ، ولكن أحبسوه . وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه أنه أتى بسارق فقطع يده . ثم أتى به فقطع رجله ، ثم أتى به فقال أقطع يده بياض شيء . يتمسح وبأى شيء يأكل . أقطع رجله على أي شيء يمشي ، إني لأستحي من الله ، ثم ضربه وخطبه في السجن . وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأل عن السارق ، فكتب إليه بمثل قول علي . وأخرج عن سفيان أن عمر استشارهم في سارق فأجمعوا على مثل قول علي . وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال : إذا سرق فاقطعوا يده ، ثم إن عاد فاقطعوا رجله ، ولا تقطعوا يده الأخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ، ولكن أحبسوه عن المسلمين ، وأخرج عن النخعي كانوا يقولون : لا تترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ، وهذا كلفة ثبت ثبوتا لا مرد له ، فبعد أن يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوفى الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابه يمتعون على قتله ، ولا غير ذلك عند علي وابن عباس وعمر من الأصحاب الملازمين له عليه الصلاة

عليها ، وبهذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فحجهم فأنقذ إجماعا ، ولأنه لإهلاك معنى لما فيه من تفويت
جنس المنفعة والحد زاجر ، ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يقبل وقوعه ، بخلاف القصاص لأنه حتى العبد فيستوفى
ما أمكن جبرا لحقه . والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله أو نحمله على السياسة

والسلام ، بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لم إن غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضى العادة ، فامتناع
على بعد ذلك إما لضعف الروايات المذكورة في الإتيان على أربعته وإما لعدم أن ذلك ليس حدا مستمرا بل من
رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعى بالفساد في الأرض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيقبل ذلك
القتل المعنوى (قوله وبهذا حاج على بقية الصحابة فحجهم فأنقذ إجماعا) يشير إلى ما في تنقيح ابن عبد الهادى .
قال سعيد بن منصور رضى الله عنه : حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أنس سعيد المقرئ عن أبيه قال : حضرت على
ابن أبى طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق ، فقال لأصحابه : ماترون في هذا ؟ قالوا أقطعه يا أمير
المؤمنين ، قال : قتله إذا وما عليه القتل ، أى شئ يأكل الطعام ؟ أى شئ يتوضأ للصلاة ؟ أى شئ يغسل من
جنباته ؟ أى شئ يقوم على حاجته ، فردّه إلى السجن أياما ثم أخرجه ، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول
وقال لهم مثل ما قال أول مرة ، فجلده جلدا شديدا ثم أرسله . وقال سعيد أيضا : حدثنا أبو الأحوص عن سيالك
ابن حرب عن عبد الرحمن بن عائد قال : أتى عمر بن الخطاب بالقطيع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله .
فقال على رضى الله عنه : قال الله - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله - الآية ، فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي
أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائم يمشى عليها ، إما أن تعزّره ، وإما أن تودعه السجن فاستودعه السجن . وهذا رواه
البيهقى في سننه ، وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال على رضى الله عنه وموافقة عمر له . قال المصنف (ولأنه
إهلاك معنى) هو من قول على رضى الله عنه : قتله إذا (والحد زاجر) لإهلاك (ولأنه نادر الوجود) أى ينذر
أن يسرق الإنسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع إلا (فيما يناب) على مامر غير مرة (بخلاف القصاص)
يعنى لو قطع رجل يدي رجل قطعت يده أو أربعته قطعت أربعته (لأنه حتى للعبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه)
لا يقال : اليد اليسرى هل للقطع . بظاهر الكتاب ولا إجماع على خلاف الكتاب . لأننا نقول : لما وجب جل المطلق
منه على المتعد عملا بالقرأة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت التنبى مرادة ، والأمر المقرون بالوصف
وإن تكرر يتكرر ذلك الوصف لكن إنما يكون حيث أمكن ، وإذا اتفق إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد اتفق
محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم أن معنى الآية السارق والساقطة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما ، وثبت قطع

(قوله فحجهم) أى غلبهم في الحجّة ، يقال حاجه فحجه : أى ناظره في الحجّة فغلبه بها (وقوله بخلاف
القصاص) جواب سؤال تقديره : لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالإجماع ، وجميع ما ذكرتم من المحظورات
هناك موجود لأنه لا يبق له يد يأكل به ويستنجى بها ورجل يمشى عليها ، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر
الوجود . وتقرير الجواب أن القصاص حتى العباد ، وحتى العبد يراعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذى رواه
الشافعى دليلا على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوى) قال : تتبعنا هذه الآثار فلم نجد شئ منها أصلا أشار بها إلى
ما رواه الشافعى . وقال أبو نصر البغدادى : قال الطحاوى : إنه حديث لا أصل له ، لأن كل من لقيناه من حفاظ
الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نحمله على السياسة) بتدليل ما ورد في ذلك الحديث من الأمر
بالقتل في المرة الخامسة :

(وإذا كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا ، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الأصبعان منها سوى الإبهام) لأن قوام البطش بالإبهام (فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع) لأن فوات الواحدة لا يوجب خطا ظاهرا في البطش . بخلاف فوات الأصبعين لأيهما يتزولان منزلة الإبهام في نقصان البطش . قال (وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد) وقال زفر رحمه الله : يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس ، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد ،

الرجل في الثانية بالسنة والإجماع ، وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العمد (قوله وإن كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاء (لا يقطع لأن في القطع) والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا) فيها إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشيا) إذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة لإهلاك حتى وجب تمام الذية بقطع اليدين والرجلين ، وهذا لأن المشى لا يتأتى مع قطع اليد و الرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع يمين السارق (إذا كانت إبهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الأصبعان) فمن واحدة منهما (سوى الإبهام) لأن فوتهما يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش ، بخلاف فوت أصبع واحدة غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع ، ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى أنه يقطع لأنها لو كانت صحيحة قطعت فكيف إذا كانت ناقصة ، وإنما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المخل بالبطش فوات ثلاث أصابع ، وهنا جعله أصبعين لأن الحد يحتاط في دربه (قوله وإذا قال الحاكم للحداد أي الذي يقيم الحد فعال منه كالحلاد من الجلد) اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أي حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدّب ، وبه قال أحمد (وقال لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد) أرض اليسار (وعند زفر يضمن في الخطأ أيضا) بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق . وعند مالك والشافعي يقتصر في العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لاقطع عليه لفوات محله ، وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أنفقه ، لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد . وكذا لو قطع يده اليسرى يقتصر له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف (قوله والمراد أي المراد بالخطأ) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطأ في الاجتهاد) ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجرئ

وقوله (لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا) يعني إن كانت يده اليسرى موقوفة (أو مشيا) إن كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهرا . قال (وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق) الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالحلاد من الجلد ، وإنما قيد بقوله يمين هذا لأنه إذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لأنه فعل مأمر به ، فإنه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه . ولم يلد كبحكم ما إذا قطع اليدين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع . وقال في الميسوط : لا شيء عليه ، لأن قيمة اليد قد سقطت بقضاء الإمام عليه بالقطع ، فالقاطع استوفى يدا الأمية لما فلم يكن ضمانا ، لكن أدّب الإمام لأنه أساء الأدب حين قطعه قبل أن يأمره الإمام به وكلامه واضح .

وأما الخطأ في معرفة الميّن واليسار لا يجعل عفوا . وقيل يجعل علوا أيضا . له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها . قلنا إنه أخطأ في اجتنبه ، إذ ليس في النص تعيين الميّن ، والخطأ في الاجتهاد موضوع . ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعني وإن كان في المجهّدات ، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة . ولأن حنيفة رحمه الله أنه أثلّف وأخطف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع ، وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح .

عن قطع السرقة نظرا إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى - فاقطعوا أيديهما - (أما الخطأ في معرفة الميّن من الشمال لا يجعل عفوا) لأنه بعيد يهيم فيه مدعيه ، وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد ، وإنما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتنبه في إجزائها (وقيل) الخطأ في الميّن والشمال (يجعل عفوا أيضا . لفر أنه قطع يدا معصومة ، والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها . ولنا أنه) إنما أخطأ في اجتنبه ونهط المجهّد موضوع (بالإجماع ، وهذا موضع اجتنبه لأن ظاهر النص يسوي بين الميّن واليسار) ولهما (في العمد) أنه (جان حيث) قطع يدا معصومة بلا تأويل تعمدًا للظلم فلا يعني وإن كان في المجهّدات) لأنه هو لم يفعل عن اجتنبه (وكان ينبغي أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة) الناشئة من إطلاق النص (ولأن حنيفة رضى الله عنه أنه) وإن (أثلّف) يلا حق ظلما لكنه (أخطف من جنسه ما هو خير له) وهي الميّن فلما لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئا وإنما قلنا إنه أخطف لأن الميّن كانت على شرف الزوال فكانت كالفاتنة فأخطفها إلى خلف استمرارها وبقاتها ، بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى ، لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أثلّف عليه من المنفعة ، لأن منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي ، وأما إن قطع رجله اليسرى فلم يعوضه شيئا أصلا وصار كما لو شهد الثان على رجل يبيع عبد بألفين وقيمه ألفا أو شيئا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئا (قوله وعلى هذا) أي على تعليل قول أبي حنيفة بالإختلاف بقطع يساره (غير الحداد أيضا) للإختلاف (وهو الصحيح) احتراز عما ذكر الإسبيجاني في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال : هذا كله

وقوله (بغير حق) دليله أن الحق في الميّن في السرقة وهو أيضا لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصا (ولا تأويل) حيث لم يخطئ لأن الكلام فيها إذا تعمد في قطع اليسار (فلا يعني) كما لو قطع رجله أو أنفه (وإن كان في المجهّدات) لأن المجهّد لا يلحق فيها إذا أخطأ إذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بصل متروك التسمية عامدا (وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة) وهي قوله تعالى - فاقطعوا أيديهما - فإن ظاهره - يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص ، إذ القصاص لا يثبت بالشبهة ، بخلاف ضياع المال . وقوله (ولأن حنيفة) تقريره القول بالموجب . سلمنا أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل . لكنه أخطف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا (وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه (لا يضمن) شيئا لأن امتناع قطع الميّن بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنيا غير مأمور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه : ولو قطع غيره يده اليسرى فإن في العمد القصاص وفي الخطأ الدية ، وسقط القطع عنه في الميّن لأنه لو قطع أدى إلى الاستهلاك ، ويرد السرقة إن كان قائما وعليه ضياعه في المالك

(قوله لا يجب تناول اليدين جميعا) أقول : يعني على سبيل البذل كما في قوله تعالى - فاضلوا وجوهكم وأيديكم -

ولو أخرج السارق يساره وقال هذه بمعنى لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره . ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حدا . وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة ، وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقه) لأن الخصومة شرط لظهورها ، ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا بخلاف الشافعي في الإقرار ، لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته ،

إذا قطع الحداد بأمر السلطان ، ولو قطع يساره غيره في العمد القصاص وفي الخطأ الدية (قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه بمعنى) فقطعها (لا يضمن) وإن كان عالما بأنها يساره (بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال) إذا كان استهلكه (لأنه لم يقع حدا في الخطأ كذلك على هذه الطريقة) أعنى طريقة عدم وقوعه حدا . وقيل طريقة الإخلاف ولازمها عدم وقوعه حدا فكلهما واحد ، إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ (وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن) لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجمعان . وإنما خص أبا حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع أنهما أيضا يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن إنما ثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد توهم أنه لا يضمن السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه . فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لإخلافه لا لوقوعه حدا (قوله ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقه ، لأن الخصومة شرط لظهور السرقه) والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور : لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا . وقوله (ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا بخلاف الشافعي في الإقرار) هو خلاف الأصح عنده ، والأصح عنده أن الإقرار كالشبهة : يعني إذا أقر عند الحاكم إلى سرقته مال فلان نصابا من حرز لأشبهه فيه فإنه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدهي . وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا لظهور سبب القطع الذي هو حق الله تعالى ، وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره . والحواب أنه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو المقر ظاهرًا ، ولهذا لو أقر لغائب ثم لحضر جاز ، ولأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو بباطلة السارق منهم ثابتة ، وكذا شبهة وجود

(قوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق إن كان هالكًا (لأنه لم يقع حدا) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفا لما غشى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد ، فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إبدانًا بأن القطع لم يقع حدا ، إذ القطع حدا والضمان لا يجمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أنطقت خبرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا ، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا ، وقوله (وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا لأنه إذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمتعصى وهو الإلتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد أن ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجمعان قل (ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقه للقطع ، فقال ابن أبي ليلى : لا حاجة إلى ذلك وتقبل الشهادة على السرقه حسبة .

(قوله وإنما خص أبا حنيفة الخ) أقول : قال الشيخ الإمام السفتلي رحمه الكاكي : وإنما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما ترد على مذهبه لأنه يقول بهم وجوب الحد فيمن ظان أن القطع وقع حدا عنه فلا يضمن السارق استدلالا بهم وجوب الضمان . وعنى أن مذكر السفتلي أنسب بالمقام ما ذكره الشارع تماثلًا فتأمل أنت (قوله فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ) أقول : فيه بحث فإن الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد) أقول : وجه التخصيص غير ظاهر فإن ذلك في طرف أبي حنيفة أيضا .

ومكدا إذا غاب عند القطع عندنا ، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود (والمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا ، وكذا المغضوب منه . وقال زفر الشافعي : لا يقطع خصومة الغاصب والمستودع ، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته

إذنه له في دخوله في بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة ، بخلاف الزنا فإنه لا يباح بإباحتها بوجه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة . والحق احتمال إباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيضع لك ، فالعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له (قوله وكذا إذا غاب) للمسروق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضر ، وبه قال الشافعي وأحمد خلافا للمالك (لأن الإمضاء من القضاء في الحدود) على ما مر ، وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي ، لكن علمت أن الأصح أنه كقولنا ، ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) أي إذا مرق الوديعة أو المال المغضوب ، وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لأن هذا المال في يده بمنزلة المغضوب ، إذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغضوب (ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا) كما للمودع (وكذا المغضوب منه . وقال زفر الشافعي : لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع ، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة) كقول الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم من مال الوقف والقيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك) بما في أيديهم (إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ،

كأننا ، لأن المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى . وقال الشافعي : إن أقر السارق بالسرقة فلا حاجة إلى ذلك ، وإن ثبت بالبين فلا بد من ذلك لأن الشهادة تنبئ على الدعوى في الحال ، فما لم يحضر هو أو ذابيه لا تقبل شهادته ، وإن غاب بعد ذلك لا يتعلم استيفاء القطع . وعندنا حضور شرط في الإقرار والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع ، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنفى السرقة ، وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز ، وكلامه في الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار ، لأن معنى قوله لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة مؤمن معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها : أي لظهور السرقة وهي الجناية . ويمكن أن يدفع بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور ، والثاني لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد ، ومعنى قوله لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قيل صورته : رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وبفضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقد الربا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة ، بخلاف رب الوديعة والمغضوب منه فإن الملك لهما باق (قوله وكل من له يد حافظة) يريد متولى الوقف والأب والوصي ، ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخصام المالك قطع وإن لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك (قوله إلا أن الراهن) استثناء منقطع ، وقبده اختلف نسخ الهداية فيه ، ففي بعضها إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده ، وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين . واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا ، أما نقلا فلأنه موافق لرواية

(قوله ومعنى قوله إنه قد تقدم) أقول : في باب الشهادة على الشهادة .

حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه . والشافعي بناء على أصله أن لا خصومة هؤلاء في الاسترداد عنده . وزفر يقول : ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الضمانة . ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها ، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع .

وبدل عليه تعليقه بقوله (لأنه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها ، وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال : كان في نسخة المصنف بعد القضاء . وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس : يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه ، وقيد بقوله حال قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكا لا يقطع إلا بخصومة المرتهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ . وفي غاية البيان : ويتبين أن يكون الراهن ولاية القطع إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة ، لأن الزائد أمانة في يد المرتهن فكان للمرتهن بالنسبة إلى ذلك التقدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعي رحمه الله بناء) أي بغير عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد) عند وجود من في يده المال المودع كأبناء غير المودع ، إلا أن يحضر المالك لأنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لإبقاء اليد ، فلا أن لا يملكوها لإعادة اليد أولى . قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن ، وكذا يقول مالك ويزيد المستعبر أيضا (وزفر يقول : ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه) أي في القطع (تفويت الضمانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالتعويض إذ تصير خصومته لإثبات الحفظ سببا لنفيه (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها ، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) وهذه النكتة هي مبنى الخلاف : أعني كون خصومتهم معتبرة فأنهبا بقوله (إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد)

الإيضاح والمحيط . قال في المحيط : إذا سرق الرهن من المرتهن فلم يرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن . قال : وإن قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لأن له أن يأخذه . وكذا في الإيضاح . وأما عقلا فلأن السارق إنما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين ، والمراد بالرهن الموهون ، والضمير في (بدونه) راجع إلى قضاء الدين ، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين : قيام الموهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطالان حينئذ عنه . وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ ، وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط (فالشافعي بناء على أصله أن لا خصومة هؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده) إذا نجح من في يده المال مالم يحضر المالك ، وإذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت إلى خصومتهم (وزفر يقول : ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ) والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (فلا تظهر في حق القطع لأن فيه) أي في ظهورها في حق القطع (تفويت الضمانة) لأن المال مضمون على السارق ، فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه توضيح لاصيانة وهم مأمورون بالحفظ والضمانة (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها) وهذا ظاهر (و) السرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا (أي غير ضرورية ، فالواجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيرتب عليه القطع ، وإنما قال إن الخصومة غير ضرورية (لأن الاعتبار لحاجتهم إلى استرداد اليد)

والمقصود من الخصومة إحياء حقوق سقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر . ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤمن فإنه يقطع بخصومته

والأحسن أن يقال لم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقاً لم ، كما أن ذلك للمالك بل الملك في الحقيقة لم يرد إلا باليد ، وهذا لأن ذا اليد إن كان أميناً لا يقدر على أداء الأمانة إلا بها ، وإن كان غاصباً لا يقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك فكان خصومة في حق لم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ، ولذا لا يحتاج إلى إضافة المال إلى المالك بل يقول مرق من وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه ، بخلاف خصوصته في القصاص لا تعتبر فلا يقتض بخصومته لأنه ليس فيه حق في إعادة يده . وأورد أن في صورة الإقرار لا يقطع إلا بحضور المالك وهو إحدى الحجتين ، وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافاً للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيها ، وما ذاك إلا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع . أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة ، وبيننا أن لم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه ، بخلاف الوكيل ، ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة الخصومة إلى غيره . وفي فصل الإقرار شبهة زائدة هي جواز أن يرد المالك إقراره فيقول المال مملوكاً للسارق فاستيفاء الخدم مع ذلك استيفاء مع الشبهة . ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقاؤه وإن لزم غير مقصود ولا دائم ، لأنه إنما ثبت إذا كان المال مستهلكاً فليس لازماً للقطع مطلقاً مع أنه مهمل في اعتبار الشرع بدليل الإجماع على أن يقطع بخصومة الأب والوصي بسرقة مال اليتيم وإن لزمه سقوط الضمان فكان تعليقه للملك مردوداً بدلالة الإجماع . وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال إقرار المالك له : أي اعترافه بأنها له وإنه إذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ، ولا عبرة بمثلا بل المعتبر شبهة ثابت توهمها في الحال لاعلى تقدير منتف في الحال ، ألا يرى أن القطع يستوفى بالإقرار وإن توهم اعتراض رجوعه . وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع ، وإن كان لو حضر المستودع قال كان ضيبي أو أذنت له في النحول في بيتي . ولا يخفى أن لافرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور الموقوف منه للخصومة من احتمال إباحة المالك الموقوف للمسلمين ونحوه ، فإنه جاز أنه إذا حضر قال كنت أبعث للمسلمين

وهم في ذلك كالمالك ، لأن اعتبار خصومة المالك لحاجته إلى إظهار السرقة لإعادة اليد على المثل تحصيلاً للأغراض المتعلقة باليد ، وهذا للحنى موجود في هؤلاء ، أما المستأجر والمستعير فلا يحتاجهما إلى الانتفاع بالمثل ، وأما المرتهن والمودع فللرد إلى المالك تخلصاً للثمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ ، وإذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر لإنها ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع . وقوله (والمقصود من الخصومة) أي مقصود صاحب اليد (إحياء حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة) من ضرورة القطع فكان ضميناً وضميناً غير معتبر ، وهذا جواب عن قول زفر لأن فيه تقويت الصيانة . وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسألة قبيل هذا الاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق . وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما إذا حضر المالك وغاب المؤمن) فإن فيه شبهة موهومة أيضاً وهو أن يحضر المؤمن ويقول إنه كان ضيفاً عندى في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤمن بل يقطع بخصومة المالك

في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة (وإن قطع سارق بسرقة فسرت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني) لأن المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنتقد موجبة في نفسها ، وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إزاء الرد واجب عليه

أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر له به سرا ، فإذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فذلك تلك ، وإن اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها في نفس الأمر لأعلى تقدير حضوره المتنى في الحال فهذه كذلك ، لأن احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقر له به قائم في الحال . وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سبابة عن محمد أنه قال : ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع (قوله وإن قطع سارق بسرقة فسرت منه لم يكن له ولا لرب المال أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قول . وقال مالك والشافعي في قول : يقطع بخصومة المالك لأنه سرق نصابا من حرز لأشبهه فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الأول أو لا . ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه ، وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه . وروى في نوادر هشام عن محمد : إن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن درأت القطع عن الأول لشبهة قطعت الثاني . ومثله في الإملاء لأبي يوسف . وأطلق الكرخي والطحطاوي عدم قطع السارق من السارق ، وهو قول أحمد لأن يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضامعا ولا قطع في أخذه مال ضائع . قلنا : بقي أن يكون يد غضب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إزاء الرد واجب عليه)

(في ظاهر الرواية) وقد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سبابة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطعه حال غيبة المودع لأن السارق لم يسرق من المالك وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطلب بذلك غيره . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا أقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع مالم يخضرمع أن العلة المذكورة وهو قوله إن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الإقرار موجودة وشبهة الإذن بالدخول في الحرز أو الإقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع . أجب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر شبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها ، بخلاف بصورة الإقرار فلانها لم تكن كذلك . قال (وإن قطع سارق بسرقة) المسروق إذا سرق من السارق ، فلما أن يكون قبل أن يقطع يده أو بعده ، فإن كان الثاني لم يكن له : أي للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثاني ، أما السارق فلوجهين : أحدهما (أن المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنتقد موجبة في نفسها) والثاني أن يده لم يتق من الأيدي التي ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تنتبذ في القطع وأما المالك فلوجه الأول . وقوله (وللأول) أي السارق الأول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إزاء الرد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى لأن يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد مالك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وإن كان الأول يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوم كان لضرورة القطع ، وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد اتنى ذلك فصار كالأغصان والدرء بالشبهة

(قوله أجب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول : قد مر في هذه الصفحة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لتقيام استمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد أداء الجهادة ، فتأمل حل يتلخ ذلك الاستحالة دون أن يخسر المالك

(ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد مائتي الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول) لأن سقوط التقويم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالفاسب (ومن سرق سرقة فردا على المالك قبل الارتضاع) إلى الحاكم (لم يقطع) وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة، لأن البيعة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة، بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبني تقديرا

وفي رواية أخرى ليس له ذلك لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه إلى المالك. والوجه أنه إذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يردده إلى الأول ولا إلى الثاني إذا رده لظهور خيانة بكل منهما، بل يردده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا، وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد مائتي الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقويم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) يده (كبيد) (الفاسب) (قوله ومن سرق سرقة فردا إلى المالك قبل الارتضاع إلى الحاكم لم يقطع. وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا ردها بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع، والخصومة لا تتحقق بعد الرد لأنها أعني الخصومة الموجبة لائتم إلا بإقامة البيعة، وهي (إنما جعلت حجة قطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة ومما عي البيعة القضاء فلا يقطع، وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة، وإذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبمحصل المقصود من الشيء ينتهي وبالاتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده، ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا في عياله، ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك في ماله، فالرد إليهم رد إليه حكما وذلك كاف في الرد إليه، بخلاف ما لو رد إلى ابنه وذوي رحمه المحرمه كأخيه وعمه وخاله إن كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيده مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانحة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع. ولو سرق من المكاتب ورده إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعلم: أي سرق من شخص ورده إلى من يعول المبسوق منه يبرأ ولا يقطع، ويبرأ المستعير والمودع إلى من يعول المودع. وأما الفاسب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأقاربه

لعدم القطع هنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردا على المالك) فلما أن يرددها (قبل الارتضاع إلى الحاكم) أو بعده، فإن كان الأول لم يقطع في ظاهر الرواية (وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما إذا رده بعد المرافعة) يجامع أن القطع حتى الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ما قبل الارتضاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البيعة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبيعة والبيعة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بلونها غير متصور، فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع، وإذا انقطع شرط ظهورها

(قال المصنف: إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول: فإن قيل إن أريد أنها جعلت حجة لذلك الضرورة في حقوق العباد فلم ولا يفي لأن القطع من حقوق الله، وإن أريد في جميع الحقوق غير سائر وهو ظاهر. قلنا: المراد هو الأول، لكن ثبت حتى الله هنا يكون في ضمن حق التبدل إلى المبسوق، ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود به ينكر السرقة لا يقطع السارق، صرح به الثوري في فتاوى.

(وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه إذا سلمت إليه (وكذلك إذا باعها المالك إياه) وقال زفر والشافعي : يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا . وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة . ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء . إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده ،

الحرمة للدين في عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك) وسلمها إليه أو باعها منه (لا يقطع . وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ، ولا شبهة في السرقة إلا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر . متقدما ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع . وما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال « يا رسول الله لم أرد هذا » رداً عليه صدقة . فقال عليه الصلاة والسلام : فهذا قبل أن تأتي به » رواه أبو داود وابن ماجه . زاد النسائي في روايته « فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم » وهذا بخلاف ما لو أقر له بالسرقة بعد القضاء فإنه لا يقطع لأن الإقرار يظهر الملك السابق فينفي القطع (قوله ولنا أن الإمضاء) يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ، ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء ، والشأن في بيان أن الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء في هذا الباب ، وقد بيناه في حد الزنا ، إلا أن المصنف لما كان هذا هنا من مقدمات دليhle ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل اليينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء . وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس إلا إظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر إلى الإظهار فلا حاجة

انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها ، وإن كان الثاني قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بمحصل المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك ، والشئ يقرر بانتهائه لأنه يبطل كالنكاح يقرر بالموت لا أنه يبطل ، لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديراً لاستيفاء القطع ، والرد إلى ابن المسروق منه وإلى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا إلى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده ، وكذا الرد إلى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد إلى نفسه استحساناً (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك) وسلمها إياه (أو باعها إياه لم يقطع) وإنما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم تحصل بالتسليم والقض . لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعي : يقطع وهو رواية عن أبي يوسف ، قالوا : لأن السرقة قد تمت انعقادا) بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لاشبهة فيه إذ وضع المسئلة في ذلك (وظهورا) لأن القرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للبارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لأن ثبوت الملك بهما إما يكون على وجه الاقتصاد على وقت ثبوت الهبة والبيع ، وهذا احتراز عما إذا أقر به المسروق منه للسارق ، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له من الملك ، فيلزم منه ثبوت الملك للبارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الإمضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تمتة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يفي غناؤه : أي لا يفيد فائدته إلا بالاستيفاء (لأن القضاء للإظهار) ولا إظهارها هنا (لأن القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلزم ليحصل الاستيفاء قضاء في هذا

وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء . قال (وكنّا إذا نقصت قيمتها من النصاب) يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء . وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين . ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا ، بخلاف النقصان

إلى القضاء لفظا ، بل ولا يفيد سقوط الواجب عنه إلا بالاستيفاء (وإذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة ، بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأن به تنهى الخصومة والشئ بالثبوت يترتب فكأن الخصومة بعده متفرقة فيقطع . وأما الحديث ففي رواية كما ذكر ، وفي رواية الحاكم في المستدرک قال : أنا أبيه وأنته ثمته ، وسكت عليه . وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا ، وقوله أيقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما . ولم يثبت أنه سلمه إليه في الهبة ، ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب ، والاضطراب موجب للضعف . ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه . كان بعد الدفع إليه وفي ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض (قوله وكذلك إذا نقصت قيمتها) أى قيمة السرقة أى العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد : يقطع وهو قول زفر) وباقى الأئمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان في العين) فإنه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوى عشرة يقطع بالاتفاق ، فكذا إذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الإمضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو متبقي في نقصان القيمة (بخلاف نقصان

الباب لعمري عن الغائبة بالكلية وهو باطل ، بخلاف حقوق العباد فإن القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تمة القضاء ، وهذا فقه تقويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق (وإذا كان كذلك) أى إذا كان الإمضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لأن ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بليل العمى والغرس والردة والفسق في الشهود ، فإن الحدود لا تستوفى إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع ذكره في الأسمار (وقوله وصار كما إذا ملكها قبل القضاء) يعنى صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء ، لأنه لما لم يضمن فكانه لم يقض . ولقال أن يقول : جعلتم الخصومة باقية تقديرًا في صورة ردّ المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع ، وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد . وما ذلك إلا تناقض صرف . والجواب أن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا ، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ ، وههنا تحدث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك وكان شبهة في رد الحد . قال (وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوجبت له . وقوله (يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لأن الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير . وقوله (اعتبارا بالنقصان في العين) يعنى بأن هلك درهم من العشرة أو استهلكه ، وهذا بناء على أن المعترض في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم ، فإن نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق ، وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالأول يجامع وجود سرقة النصاب فيها . ووجه الظاهر (أن كمال النصاب لما كان شرطا) في الابتداء (يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا) أن الإمضاء من القضاء ، والفرق بينه وبين النقصان

في العين لأنه مضمون عليه فكل النصاب عينا ودينا ، كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا ، (وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يتم بيته) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة . وقال الشافعي : لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد . ولنا أن الشبهة دارة وتحقق بمجرد الدعوى للاحتيال ، ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار (وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطع) لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث الشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما

العين لأن ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بفضه دين وبعضه عين ، بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه لأنه يكون لفتور الرضات وإذا لا يكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع ، كذا في النهاية . وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به لقيامه إذ ذاك ثم يسقط ضمانه (قوله وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يتم بيته) قال المصنف (معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وإنما قسره به ليخرج ما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا يقطع بالإجماع ، ولكن يلزمه الحال (وقال الشافعي : لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين ، كذا ذكره بعض أصحابه ، وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب الحد ، إذ لا يعجز سارق عن هذا . ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي . وعن أحد روايته أنه إن كان معروفا بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال . قال ابن قدامة : وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال لأن الحد يلزم بالشهادتين وهي احتمال ضيقه . قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من أنه يفضى إلى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) إجماعا ، والسارق لا يعجز عن ذلك مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارة إذا رجع ، على أنه ممنوع ، فإن من يعلم هذا من السارق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسمون غالبا (قوله وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال : أحدهما هو مالي لم يقطع) لأن الرجوع عامل في حق الراجع منها ويورث الشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما

في العين (أن النقصان في العين مضمون عليه) أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الأخذ ودينا وقت الاستيفاء (كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا ، وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يتم البيته) وفسره المصنف بقوله (معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة) وإنما قسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعي : لا يسقط بمجرد الدعوى لإفضائه إلى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك . ولنا أن الشبهة دارة) (وتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) لأنه لا يعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الإقرار بالسرقة صحيح) وما من مقر إلا ويتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبرا في إيراث الشبهة فكذا هذا ، وفيه نظر لأن الإقرار حجة قاصرة والبيته حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثاها في الكاملة . والجواب أن الكمال والقصور إنما هو بالنسبة إلى التعليد إلى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقر فمما سواه (قوله وإذا أقر الرجلان بسرقة) معناه على صحة الرجوع . وقوله (لأن الرجوع عامل في حق الراجع) يعني لعدم المكذب (ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما

(قال المصنف : بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) أقول : يفهم ما ذكره هنا أن صحة الرجوع بعد الإقرار في الحدود متعلق عليه بيننا وبين الشافعي

على الشركة (فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وكان يقول أولا : لا يقطع ، لأنه لو حضر ربما يدعى الشبهة . وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعلوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على مامر (وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وتزد السرقة إلى المسروق منه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف : يقطع والعشرة للمولى . وقال محمد : لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ، ومعناه إذا كذبه المولى (ولو أقر بسرقة مال مسهلكت قطعت يده ،

على الشركة) فتتحد فتعمل الشبهة فيما (قوله فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر منهما (في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول الأئمة الثلاثة (وكان يقول أولا لا يقطع لأنه إن حضر) الغائب (ربما يدعى شبهة) والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فإنما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على مامر) في خلافة زفر في القطع بمضومة الغاصب والمودع ، ثم لو حضر الغائب لا يقطع إلا أن تعاد تلك البيئة عليه أو تثبت ببينة أخرى ، وكذا إذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة (قوله وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجه هذه المسئلة أربعة ، لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه ، وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مسهلكت أو قائمة فالماذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع . وقال زفر : لا يقطع ولكن يضمن المال ، وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند

على الشركة) فيكون فعلا واحدا (قوله لأنه لو حضر ربما يدعى الشبهة) يعنى وهي دارة للحد عن نفسه وعن الحاضر ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لأن القبض على الغائب لا يجوز ، ولأن الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (والمعلوم لا يورث الشبهة) في حق الموجد وهذا لأن الشبهة هي الحقيقة الموجودة لا الموهومة (على مامر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض . قال (وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة مال) إذا أقر العبد بسرقة ، فلما أن يكون مأذون له أو محجورا عليه ، وكل منهما على وجهين : إما أن يكون المال قائما بعينه أو مسهلكتا ، وكل من ذلك على وجهين : أما إن كذبه المولى أو صدقه ، فإن صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود مقتضى انتفاء المانع ، وإن كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء فالثلاثة سواء كان الإقرار بمال قائم أو مسهلكت ، ويرد القائم على المسروق منه . وإن كان محجورا عليه ، فإن أقر بمال مسهلكت قطعت يده عند الثلاثة ، وإن أقر بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة : تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه ، وقال أبو يوسف : تقطع يده والمال للمولى ، وقال محمد : لا تقطع يده والمال للمولى . حكى ابن الطحاوى أنه قال : سمعت أسناذى ابن أبي عمران يقول : الأقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة ، فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ، فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه . وأصل ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة : القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم ، وبدليل أنه لو قال أبى المال

وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود ، لكن التصويل على ما يفهم هنا وهو المرح به في كتيبه (قوله بدليل أنه يبطل بالتقادم) أقول : فيه بحث (قوله وبدليل أنه لو قال أبى المال تبع) أقول : فيه بحث (قال للصف : ومعناه) أقول : قال الإجماع : أى متى الاختلاف اه وفيه تأمل .

ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين (وقال زفر : لا يقطع في الوجه كله لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى ، والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يواخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته . والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ، ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه أدى

الثالثة ، وهذا قول المصنف (ولو كان مأذونا قطع في الوجهين) ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه . وقال زفر : لا يقطع ولكن يرد المال . وإن كان العبد محجورا ، فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثالثة ، وقال زفر : لا يقطع . وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع ، فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله (وقال زفر لا يقطع في الوجه كله) أى فيما إذا كان العبد محجورا والإقرار بهالكة أو قائمة ، أو مأذونا والإقرار بهالكة أو قائمة . واختلف علماؤنا الثالثة في هذا : أعنى إقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة : يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه . وقال أبو يوسف : يقطع والسرقة لمولاه . وقال محمد : لا يقطع والسرقة لمولاه . ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له . وقال الطحاوى : سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول : الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة ، فقله الأول أشبه به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف . ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه ، فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة . ومعنى المسئلة إذا كذب المولى في إقراره وقال المال مالى ، أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر له به اتفاقا ، هذا كله إذا كان العبد كثيرا وقت الإقرار ، فإن كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر ، غير أنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ، وإن كان هالكا يضمن ، وإن كان محجورا فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ولا ضمان عليه إن كان هالكا ولا بعد العتق . وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره) بها (يرد) أثره (على نفسه أو طرفه) بالإتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالإقرار به إقرار على مال الغير (والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له) لما تضمن إقراره بالإقرار بالمال والطرف وبطل في الطرف (يواخذ) بالمال (بضمانه) إن كان هالكا ويرد إن كان قائما (لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطا على الإقرار به من جهة المولى) حيث أذن له في المعاملات (ونحن نقول الإقرار بها منه صحيح لأن أثر الإقرار بها يرجع إليه من حيث هو أدى) لا من حيث هو مال ، وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ، ألا

ولأبني القطع لم يسقط القطع . وقال أبو يوسف : كل منهما أصل ، أما أصالة القطع فيها قالوا في الحر إذا أقر . وقال سرق هذا المال من زيد وهو في يده عمرو وكذبه عمرو ، ويصح إقراره في حق القطع دون المال ، وأما أصالة المال فلا أنه إذا سرق مادي العشرة لا يقطع والخصمية شرط ، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب . وقال محمد : المال أصل والقطع تبع ، ووجهه وجه أبي يوسف في أصالة المال ، وإذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظ نبينا ، فقله (في الوجهين) يعنى فيما إذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا . وقوله (في الوجه كله) أى فيما إذا كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له ، وفيها إذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا . وقوله (لأنه يرد على نفسه) يعنى فيما إذا أقر بقتل الغير عمدا (أو طرفه) يعنى فيما إذا أقر بالسرقة . وقوله (يواخذ بالضمان) يعنى في المستهلك . وقوله (والمال) يعنى إذا كان قائما في يده . وقوله (من حيث إنه أدى) يشير إلى أن وجوب الحد باعتبار أنه أدى مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك ، والعبد في ذلك كالحر .

ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث أنه مال، ولأنه لا تهمه في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار. ومثله مقبول على الغير. فحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى. ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى. يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه، وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت، وإذا بطل فيها هو الأصل بطل في التبعية، بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا. ولأن يوسف أنه أقر بشيئين:

يرى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان متى فيه على أصل الأدعية فيملكه هو كالطلاق (ولأنه لا تهمه في هذا الإقرار) ليبطل في حق السيد لأن ضرره الزاجع إليه به فوق ضرر الرجوع به إلى المولى لأنه يفوت عليه نفسه أو طرفه، وما كان كذلك ينقد على الغير، كما إذا شهد العبد العدل برواية هلال رمضان وبالسما علة فإنه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه، لأن ما لزمهم من ذلك فرع لزمه مثله فنقد في حقهم تبعا لنفاذه عليه. وكلنا لو أقر المفلس بصد القتلى يقتل إجماعا وإن كان فيه إبطال ديون الناس. (و) فحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى) إذ القرض تكليب المولى له في إقراره فقلد أقر بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لا يقطع، وبهذا القدر يتم الوجه. وقوله بعده يؤيده الخ زيادة تركيد: أى يؤيده ما ذكرنا من عدم القطع (أن المال) في لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه، فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع. ويبان أن المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط صحت ولا يسقط القطع (و) لذا (يثبت المال) في دعوى السرقة بلا قطع فيها لو ادعاهما وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فإنه يقضى بالمال (دون القطع) وكلنا إذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفي عكسه لا تسمع) حتى لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فلما يصح في حق القطع تبعا للمال، وقد اتفق المال بما قلنا فاتفق القطع (ولأن يوسف أنه أقر بشيئين) أى أقر بما

لإقراره فيما يرجع إلى استحقاق الحر كإقرار الحر، ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه بذلك، وما لا يملك المولى الإقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق. وقوله: ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال (يعنى لما صح إقراره من حيث إنه أدى يصبح من حيث أنه مال أيضا بالسرقة إليها لأن آدميته لا تنفك عن ماليتها. وقوله (لما يشتمل عليه) أى على العبد (من الأضرار) لأن ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أى ومثل ما كان ضرر الإقرار فيه ساريا إلى المقر وإلى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقرار، كما إذا شهد الواحد عند الإمام برواية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الإمام شهادته وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره. وكذلك الجرد المديون المفلس إذا أقر بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء. وقوله (ولا قطع على العبد في سرقة) أى في سرقة مال مولاه. وقوله (يؤيده أن المال أصل فيها) إشارة إلى ما مهدنا من الأصل. وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه) كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع (وفي عكسه) بأن قال أطلب القطع دون المال (لا تسمع) الخصومة (ولا يثبت) القطع دون المال.

(قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع). أقول: أى بدون الخصومة في القطع وإن لم يسقط القطع كما مر.

بالقطع وهو على نفسه فيصبح على ما ذكرناه ، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه ، والقطع يستحق بدونه ؛ كما إذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقت من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق فى تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد . ولا يخفى أن الإقرار بالقطع قد صح من مال بينا فيصبح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقى حالة البقاء ، والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه ، بخلاف مسألة الحر لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع ، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا

يوجب شيئين (القطع وهو) إقرار (على نفسه) فيقطع (على ما ذكرناه) مع زفر من وجه صحة إقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) إقرار (على المولى) وهو يكذب (فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما إذا أقر بسرقة مسهلكته فإنه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر : هذا الثوب الذى فى يد زيد سرقت من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبى يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد إلى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولأن حقيقة أن الإقرار فى حق القطع قد صح منه لما بينا فى الكلام مع زفر من أنه أدى إلى آخره ، ويلزمه حصته بالمال أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى . والحاصل أنه إذا صح الإقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع ، وهو ملزموم بحكم الشرع بكون المال للمقر له إذ لا قطع بمال السيد وإلى هنا يتم الوجه . وقوله (لأن الإقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة إليها . وقوله (بخلاف مسألة الحر) يريد إلزام أى يوسف بما إذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقت من عمرو ويقطع به ولا يدفع لعمرو ، فكذلك أجاز أن يقطع بما أقر به من مال الأجنبي ولا يدفع إليه فقال فرق بينهما فإن القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة إقراره به لعمرو وأنه ودية عند زيد أو غصب

وقوله (فلا يصح فى حقه فيه) أى فلا يصح إقرار العبد فى حق المولى فى المال . وقوله (والقطع يستحق بدونه) أى بدون المال لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ؛ ألا ترى أنه قد ثبت المال دون القطع كما إذا شهد به رجل وامرأتان ، وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما إذا أقر بسرقة مال مسهلكت . قوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه أدى . وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) أى لما صح إقراره بالقطع باعتباره أنه أدى مكلف صح إقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة إقراره بالقطع لما مهدناه من أصله . وقوله (لأن الإقرار يلاقى حالة البقاء) يريد أن الإقرار بالشئ مظهر أمر قد كان فلا بد من وجود الخبر به سابقا على الإخبار . وقوله (حتى تسقط) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء . قوله (باعتباره) أى باعتباره القطع لما يجرى من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ، ثم سقوط العصمة والتقوم فى حق السارق يدل على أن المال تابع ، لأنه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم إلى غيره لأن مقصوديته إنما تكون بالتقوم ، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك ، إذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل . وقوله (بخلاف مسألة الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله إذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد الخ . وبيناه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقت من عمرو فى حق الرد إلى عمرو لا يلزمه عدم القطع ، بل يقطع لأنه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال إليه لما مر أن السارق إذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وإن لم يرد إليه المال ، وأما هاهنا فلم يرد المال إلى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى ، فحينئذ لا يجب القطع لأن العبد إذا سرق مال المولى لا يقطع يده .

(قال المصنف : حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول : سارضى بما إذا أقر ثم رجع بعت المال دون البتلع ، وجوابه لا يخفى

ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع . قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وإن كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك ، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور . وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك . وقال الشافعي : يضمن فيما لأتبعهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فضار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة لذى . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه إنكاراً للوديعة غير أن المقر ليس خصماً له في ذلك ، والقطع بسرقه ثوب مودع أو مغبوب ثابت ، بخلاف مانع فيه ، فإننا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغبوباً عند المقر لم يخرج عن كونه سرقه مال المولى وبه لا يقطع) قوله (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن ، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لأنه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلا أن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى) وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك . وقال الشافعي : يضمن فيما) أى في الهلاك والاستهلاك . وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبيهقي وإسحاق وحماد . وقال مالك : إن كان السارق موسراً ضمن ، وإن كان معسراً لأضيان عليه نظراً للجائنين ، ولا خلاف إن كان باقياً أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يضمن المشتري الموهوب له وهذا كله بعد القطع . ولو قال المالك قبله أنا أضمته لم يقطع عندنا ، فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال : وأجبه قولهم عموم قوله تعالى : فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ، ولأنه أثبت مالا مملوكاً عندنا فإنه يضمنه قياساً على الغصب ، والمانع إنما هو منافاة بين حق القطع والضمان ، ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين : أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة ، والآخر حق الضرر فيقطع حقاً لله ويضمن حقاً للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقاً لله تعالى ويضمنه حقاً للعبد (وكشرب خمر الذى) على قولكم فإنكم تحذونه حقاً لله وتقرمونه قيمتها حقاً للذى فهذا إلزامي فإنهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن الفضالة بن يونس بن يزيد قال : سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله

ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد ، فقد جعلاه سارقاً مال غير المولى فردد إلى الذى أقر بالسرقته منه . قوله (ولو صدقه المولى) قدمناه في أول البحث . قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده) كلامه واضح . وقوله (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعنى من حيث أنه يجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكابه المخطئ لله تعالى . وقوله (أو شرب الخمر للذى) يعنى على أصلكم ، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وإن كان للذى (ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

إذا لا يبقا إذا رجح) قال المصنف (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده) أقول : لو أطلق في يده لكان أشقل . قال صاحب البدائع والعلامه الكاكي : لو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه ، فإن كان قائماً فلصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه ، ولما عوذ منه أن يرجع على السارق بماثن الذى دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضماناً على السارق في عين المسروق لأنه يرجع عليه بضمن المسروق لا بقيمته له .

« لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ ، فبين أنه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى ، ولأن الحبل لا يبقى معصوما حقا للعبد ، إذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه

عليه وسلم أنه قال : « لا يغرم صاحب مرقعة إذا أقيم عليه الحد » ولفظ الدارقطى (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده ، فإنه مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن بن عوف ، وسعد بن إبراهيم مجهول ، وفيه انقطاع آخر ، فإن إصاحق بن الفرات رواه عن الفضل فأدخل بين يونس ابن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهرى ، وقال ابن المنذر : سعد بن إبراهيم هذا مجهول ، وقيل إنه الزهرى قاضى المدينة وهو أحد الثقات الأثبات . وعندنا الإرسال غير قاطح بعد ثقة الراوى وأمانته ، وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهرى فقد عرف وبطل القدح به . وما قال ابن قدامة إنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار : « لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد » ولم يزد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ فبين أنه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا (لما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى) والمؤدي إليه الضمان فينتفى الضمان (ولأن المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد ، إذ لو بقي كان مباحا في نفسه) وإنما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة ، إذ الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندري الحد ، لكن الحد وهو القطع ثابت إجماعا (فكان محرما حقا للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيها هو خالص حتى الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا في نفسه . لأننا نقول : ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما إلا لغيره . ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التى علم تعالى أنها تتصل بها السرقة ، وإنما يبين لنا ذلك بتحقيق القطع ، فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال ، كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لأننا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبل الوطء القبلية التى علم

« لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » (لا يقال : هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لا ترد إلى صاحبها لأن ذلك لا يسمى غرما . وقوله (وما يؤدي إلى انتفائه) إنما كان ما يؤدي إلى انتفائه هو المنتفى لكونه ثابتا بالإجماع . وقوله (إذ لو بقي) يعنى معصوما حقا للعبد (لكان مباحا في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حق العبد فهو مباح في نفسه وكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه (فينتفى القطع للشبهة) إذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيحتل بدرأ بالحديث ، فإذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ما ذكر في المبسوط إذا صارت المالية لله تعالى في هذا الحبل لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له ، ولكن هذا لا يتقرر إلا باستيفاء القطع لا ما يجب لله تعالى ، فقامه بالاستيفاء ، فكان حكم الأخذ مراعى إن استوفى به القطع يتبين به أن حرمة الحبل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد ، وإن تعدلوا استيفاءه تبين أن حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان .

(قوله لأنه عرف بالاستقراء الخ) أقول : متقوس بخبر الذى .

إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه ، وكذا الشبهة تعتبر فيها هو السبب دون غيره . ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه ، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتهاء المائلة .

تعالى اتصال الوطء بها ، وكذا في أعقبتك عنى بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط . فإن قلت : فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق كحزمة الميتة فينبغي أن لا يفرق الحال ؟ فأجاب المصنف عنه بقوله (إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ، ولا ضرورة في حق فعل آخر) إنما الضرورة في نفي شبهة الإباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أى شبهة الإباحة إنما تعتبر فيما هو السبب (وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك) وإن كان فعلا آخر إلا أنه (إتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبرت في السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك (لانتهاء المائلة) بين المال المسروق والضمان ، لأن المسروق معصوم حقا لتعدي في حالة الاستهلاك فقط ، والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك ، فإذا انتفت المائلة انتفى الضمان ، لأن ضمان العدوان مشروط بالمائلة بالنص ، بخلاف شرب خمر الذي لأنه آتلف مالا متقوماً لغيره فيضمنه ، وفيه جناية على عقله ، وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ، ومثله صيد الحرم المملوك . وفي المبسوط : روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمائلة ، فأما ديانة فيفتي بالضمان

وقوله (إلا أن العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالهيئة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك . وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه ، وتقرير الجواب أن سقوط العصمة إنما كان ضرورة تحقق القطع ، وما ثبت بالضرورة يقتصر على عملها فلا يتعدى إلى فعل آخر هو الاستهلاك لأنه لا ضرورة في حقه لأنه ليس القطع ولا من لوازمه (وكذا الشبهة) وهو كونه حراما لغيره (تعتبر فيها هو السبب) وهو السرقة لأن اعتبار الشبهة إنما يكون بحمل السبب في الموجب للحد غير موجب احتمالا للرد والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو علم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك إتمام المقصود) بالسبب وهو السرقة لأنه إنما مرق ليصرفه إلى بعض حوائجه فكان تمتة السبب لأنه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب . وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتهاء المائلة) قال في النهاية : أى لأن سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك . وأقول : متناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللزام كذلك ، وبين الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كاتب العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح ، لأن الضمان يستوجب المائلة بين المضمون والمضمون به بالنص ، وهى متنتية لأن المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك ، حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنه أو استهلك ، والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ، ولا مائلة بين المضمون في الحالين والمضمون في حالة واحدة . ومن الشارحين من قال لأنه لأن سقوط الضمان من

(قال المصنف : إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك) أقول : وأنت غير بأن الحديث والتحليل الأول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك) أقول : يجب الضمان باستهلاك الذي كما سبق أننا (قوله لأن الضمان لم يفرق : بالنص - أقول : متى قوله تعالى - فاعضوا عليه مثل ما اعطى عليكم - (قوله ومن الشارحين من قال) أقول : أراد الإطلاق .

قال (ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ، ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يضمن كلها إلا التي قطع لها) ومعنى المسئلة إذا حضر أحدهم ، فإن حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها . لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي ، فإذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ؛ ألا يرى أنه يرجع فقهه

للحقوق الخسران والتقصان للمالك من جهة السارق . وفي الإيضاح . قال أبو حنيفة : لا يجل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه ، لأن الثوب على ملك المسروق منه ، وكذلك لو خاطه قميصا لا يجل له الانتفاع به لأنه ماكه بوجه محظور وقد تعدل لإيجاب القضاء به فلا يجل له الانتفاع ، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة ، وكالباغي إذا ألتف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضيان ، وتعدل لإيجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم ، وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع في إحداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أي ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيئا) لأرباب تلك السرقات (عند أبي حنيفة) وقالوا : يضمن كلها إلا (السرقة) التي قطع فيها ، فإن حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا (من السرقات) بالاتفاق . لهما أن الحاضر ليس نائبا عن الغائب ، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة (ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم) فبقيت أموالهم معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل . والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فإذا كان الحكم الشرعي

ضرورات سقوط العصمة : يعني أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان ، وهذا لأن ضمان العلوان مبنى على المائلة بقوله تعالى - فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأمثلة بين المسروق وضمانه فيتنى الضمان لأن المسروق ساقط للعصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة . والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المادلة ، وكلام المصنف لا يساعده فتأمل . قال (ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ، ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ، ولا بد من الخصومة لأنها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها ، وإذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة (وله أن الواجب بالكل) أي بكل السرقات (قطع واحد) لأنه يجب (حقا لله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة إلى الجميع لأن الشرط يراعى وجوده لوجوده قصدا (فإذا استوفى) يعني ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ؛ ألا ترى أن نفعه) وهو الأجزاء يرجع إلى الكل . فإن قيل : الحكم الثابت ضمنا لا يبره على الثابت صريحا ، والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ، ولو أبراه الواحد عن ضمان الكل نصا لم يبرأ فكيف يبرأ إذا ثبت ضمنا ؟ أجيب بأنه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ، ثم هاهنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان . واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالإجماع ، فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان ، فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فلذلك تناقض .

إلى الكل فيقع عن الكل ، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض ، والله تعالى أعلم .

(باب ما يحدث السارق في السرقة)

(ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع) وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع .

الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الأسباب السابقة وقد وجد لزوم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الأمر علم القاضي بها أولم يعلم ، ولا أثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الأسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب .

(باب ما يحدث السارق في السرقة)

(قوله ومن سرق ثوبا فشقه في الدار) قبل أن يخرج من الخزانة (نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة) بعد الشق (قطع) . وعن أبي يوسف أنه لا يقطع (وإن كان لا يساوى عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق ، وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر . واختلفت عبارات في إفادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الإسلام البرزدي والصدور الشهيد والعتاوي حيث قالوا وعن أبي يوسف ، وكذا قول الإسماعيلي ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر

وقوله (وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كلها لواحد) يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقية ، وعندهما يضمن ، والله أعلم .

(باب ما يحدث السارق في السرقة)

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب إحداث الضعفة للشبهة والشبهة أيذا تنزل الثابت ذكرا (ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدتين : أن يكون الشق في الدار ، وأن يساوى عشرة دراهم بعد الشق في الدار ، لأنه إذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فإنه يقطع قولاً واحداً ، ولأنه إذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الأول دون الثاني (وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له في شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ، إن شاء ملكه التوب بالفيضان لانعقاد سبب الملك لأنه لو لم ينعقد لما وجب التملك بكرة من السارق (وصار كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فإنه لا يقطع هناك فكذا هنا ، وأبطلنا بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوكة للسارق لكن ورد عليه سبب الملك

(باب ما يحدث السارق في السرقة)

(ولهما أن الأخذ وضع سببا للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان متى لا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث) الشبهة كنفس الأخذ، وكما إذا سرق البائع معيبا بابه، بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين التقصان وأخذ الثوب،

وشمس الأئمة البيهقي زاد فقال في كفايته: وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الأسرار، وقال أبو يوسف: لا يقطع، وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي، وقال أبو يوسف: كل شيء يجب عليه قيمته إن شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه. وجه قوله إن السرقة ماتت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك، وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به. كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك، وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الأخذ وقع سببا للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول إن الشق وقع سببا للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سببا للملك، بل السبب إنما يثبت عند اختيار التضمين، وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فما قست عليه لا فيها وضع سببا للضمان. فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك، بخلاف الشق. ولما كان الكلام ليس في الأخذ بل في الشق تكلف في تقريره بأن قيل الأخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر في الأخذ شبهة الملك دارة لا تقطع بل يقطع إجماعا كذلك الشق، وإنما يصير الشق سببا للضمان إذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو التقضاء به (ومثله لا يورث شبهة) ولا أثبت مثلها (في نفس الأخذ) لأنه أيضا يحمل أن يصير سببا للملك بأداء الضمان كالشق فصار (نظير ما إذا سرق البائع معيبا بابه) ولم يعلم المشتري العيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد بالبائع الذي به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ). الحاصل أن هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما إذا كان التقصان فاحشا واختار المالك تضمين التقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك

(ولهما أن الأخذ). أي هذا الأخذ الذي فيه خرق فاحش، واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث شبهة كنفس الأخذ. وتقريره أنا لانسلم أن له فيه سبب الملك لأن الأخذ المهود ليس بموضوع له، وإنما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (ولما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان: متى لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب الضمان (لا يورث شبهة) لأنه ليس بموضوع للتملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة (وكما إذا سرق البائع معيبا بابه ولم يعلم المشتري بالعيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب، وكذلك هاتنا: يقطع وإن انعقد سبب الضمان وهو الشق) بخلاف ما ذكر (أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع لأن سبب الملك موجود فيه (إذا البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين التقصان وأخذ الثوب) لا يقال: الأصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان، فإذا اختار تضمين التقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان التقصان وجب بعباية أخرى قبل الإخراج وهي ما فات من العين والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين، فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمه نصاب. وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول: المورد هو الكافي في مراجع الدراية، لكن تقرير الجواب التي هو مورد هذا الإيراد

فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبة، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشا، فإن كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

عندهما . وعند أبي يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق) لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما لو ملكه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على من تقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبي يوسف في عدم القطع في اليسير . واعلم أنه الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا ، وتارة يكون إتلافا واستهلاكاً ، وفيه يجب ضمان كل القيمة بلاخيار لأنه استهلاك ، وعلى هذا لا يقطع . لأنه بما تجتبت السرعة إلا بما ملكه بالضمان ، وقد حده القتراشي بأن ينقص أكثر من نصف القيمة . وأما الخرق الفاحش فيقبل ما يوجب نقصان . ومع القيمة فصاعداً فاحش وإلا فييسر . ولا بد أن يكون المعنى فصاعداً . ما لم ينته إلى ما به يصير ، إتلافاً . والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة . واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره القتراشي . وأورد في الكافي على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعاً بين القطع والضمان . وأجاب فقال : إنما لا يجتمعان كي لا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبطلان المحل في جنابة واحدة . وهنا لا يؤدي إليه ، إذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء . واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية ، فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لأن عصمة المسروق تسقط بالقطع . فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان ، وعن هذا قال في الفوائد الحجازية : وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ، ولأنه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا ككاتب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن النقصان . والحق ما ذكر في عامة الكتب الأهميات أنه يقطع ويضمن النقصان ، والنقص بالاستهلاك غير وارد لأن الاستهلاك هناك بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق ، وما نحن فيه ما إذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة ناقص ثابت قبل السرقة ، ثم إذا أخرجه من الخرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمه إليه ، ألا يرى إلى قول الإمام قاضيخان : فإن كان الخرق يسيراً يقطع ويضمن النقصان ، أما القطع فلا أنه أخرج نصاً كاملاً من الخرز على وجه السرقة ، وأما ضمان النقصان فلوجود

فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان . وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان . والجواب أن القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان ، بخلاف المستهلك فإن القطع كان لأجله لا شيء آخر . (فإن اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة) فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (إذا كان النقصان فاحشاً) وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة (فإن كان يسيراً) وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجي . تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة)

ليس على هذا الفتح فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم إلخ) أقول : أراد الحجازي ، قال الكافي : وفي الحجازية وفي الصحيح أنه لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان .

(وإن سرق شاة فلدبحها ثم أخرجها لم يقطع) لأن السرقة تمت على اللحم ولا يقطع فيه (ومن سرق ذهاباً أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترك الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما بخلافه، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لم يملكه، وقيل على قولهما لا يجب لأنه ملكه قبل القطع، وقيل يجب لأنه صار بالصناعة شيئاً آخر فلم يملك عينه

سببه وهو التعميب الذي وقع قبل الإخراج الذي به تم السرقة، ووجب ضمان النقصان لا يمنع القطع، لأن ضمان النقصان وجب باتلاف مافات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمتها نصاب. وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كتوب مشترك إلى آخره فغلط لأن عند السرقة وهو الإخراج ما كان له ملك في المخرج، فإن الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها، وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له (قوله وإن سرق شاة فلدبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو ماوت نصاباً بعد الدبح (لأن السرقة تمت على اللحم ولا يقطع فيه) على ما مرّ لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهاباً أو فضة يجب فيه القطع) بأن كانت نصاباً (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الأئمة الثلاثة (ويرد الدراهم والدنانير على المسروق منه، وقالوا: يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبنى على خلاف آخر في الغصب وهو ما إذا غصب نقرة فضة فضررها دراهم لا يقطع حتى المغصوب منه عنده بخلافهما، وكذا لو كانت دراهم فضررها حلياً فكذا هنا لا يقطع بالملك حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تبدل فيقطع فالحق عند لا يشكل على هذا، أما عندهما فقد قيل لا يقطع لأنه ملك المسروق بما حدث من الصناعة قبل استيفاء القطع، لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزناً من الذهب والفضة، وقيل يقطع ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصناعة صار شيئاً آخر فقد أسهل المسروق ثم قطع فلا شيء عليه. وجه قولهما أن هذه الصناعة ميدلة للعين كالصناعة في الحديد والفضة بأن غصب حديداً أو صفراً فجعله شيئاً أو آنية، وكذا الاسم كان تبرا ذهباً فضة فصار دراهم أو دنانير. وله أن هذه الصناعة في الذهب

(قوله وإن سرق شاة فلدبحها) ظاهر. وقوله (ومن سرق ذهاباً أو فضة يجب فيه القطع) أي يساوي عشرة دراهم (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حتى المغصوب منه عن المغصوب من الصناعة يقطع حتى المسروق منه من المسروق، وهذه الصناعة تقطعه (عندهما بخلافه) لهما أن هذه الصناعة تبدل العين اسماً وحكماً ومقصوداً، وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك، كما إذا كان المغصوب صفراً فضربه قمقمه أو حديداً فجعله ذراعاً فإنه ينقطع به حق المالك. وله أن عين المسروق باق والصناعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين، فإن إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة، والصناعة هاهنا غير متقومة حتى لو كسر إبريق فضة لم يكن للمالك أخذها وتضمين الصناعة والعين المسروقة متقومة، وإذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم أولى من أثر ائثار الغير المتقوم (قوله فلم يملك عينه) أي عين المسروق. وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة، وإنما ملك شيئاً غيرهما فإن الأعيان تبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة.

(قوله لهما أن هذه الصناعة تبدل العين اسماً وحكماً) أقول: أما تبدل حكماً فلا بد التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المغصوب.

(فإن سرق ثوبا فصبيغه أحر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبيغ فيه) اعتبارا بالغصب ، والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبيغ تابعا . ولهما أن الصبيغ قائم صورة ومعنى ، حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبيغ فيه ، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ، ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق ، بخلاف الغصب ، لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وإن صبيغه أسود

والقصة ولو تقومت وبلدت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك ، على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والقصة وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبيغه أحر) يقطع به بإجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد : يؤخذ منه الثوب) وهو قول الأئمة الثلاثة (ويعطى قدر ما زاد الصبيغ في الثوب اعتبارا بالغصب) فإن غاصب الثوب إذا صبيغه أحر لا يقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا ، فكذا في السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبيغ تابعا . ولهما أن الصبيغ قائم صورة) وهو ظاهر . وقوله (ومعنى) أى من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبيغ وحق المالك قائم صورة لا معنى) فإنه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالرجوع كالموهب له إذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بخلاف الغصب ، لأن حق كل) من المصوب منه والغاصب الذى صبيغه (قائم صورة ومعنى) لانقضاء ما يملك بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبيغ تابع (قوله وإن صبيغه) أى السارق (أسود) ثم قطع أو قطع

وقوله (فإن سرق ثوبا فصبيغه أحر) قال صاحب النهاية : صورة المسئلة النهاية : صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبيغه أحر الخ ، فإن لفظ رواية الجامع الصغير . محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبيغ ، الثوب أحر قال : ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق . وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبيغه لأن الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب ، ولكن قول المصنف (ألا ترى أنه غير مضمون إلى آخره) إنما يستقيم إذا كانت صورة المسئلة ماقال ، وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح . وقوله (ولهما) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبيغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فإن الحفرة فيه محسوسة ، وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبيغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة) يمكنه من الاسترداد (لا معنى) لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك ، فكان جانب السارق مرجحا كالموهب له إذا صبيغ فإن حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسئلة (الغصب) يعنى التى اعتبر بها صورة الزراع (لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعنى الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبيغ تابعا) (وإن صبيغه أسود

(قال المصنف : فإن سرق ثوبا فصبيغه أحر لم يؤخذ منه الثوب) أقول : وفى الكنز لو صبيغه أحر فقطع لا يرد ولا يضمن . قال الزيلعي في شرحه : أى لو سرق ثوبا فصبيغه أحر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضلأه ، وهكذا ذكره في المحيط والكافي ، ولفظ صاحب الهادية : وإن سرق ثوبا فقطع فصبيغه أحر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبيغ عن القطع . ولفظ محمد : سرق الثوب فقطع يده وقد صبيغ الثوب أحر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى . وأنت غير يأن عبارة الهادية ليست على ما نقله (قوله وهي لا تدل على التعقيب) أقول : بل صيغة المضى تدل على التقدم على ما عرفت فنبأحت الحال (قوله إنما يستقيم إذا كانت الخ) أقول : فيه بحث .

أخذ منه في المذهبين) يعنى عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والأول سواء لأن السواد زيادة عنده كالحمرة ، وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك ، وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك .

(باب قطع الطريق)

قال (وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصصوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا

فصبغه أسود . يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والأول سواء) فلا يؤخذ منه (لأن السواد زيادة كالحمرة) وهي مانعة من الاسترداد من السارق . وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الخبر (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد . قالوا : وهذا اختلاف عصر وزمان لأحجة وبرهان ، فإن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمننا . وفي شرح الطحاوى : لو سرق سريقا فله بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ : أى الأحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق ، وعند محمد يأخذونه وينطى ما زاد السمن والعسل .

(باب قطع الطريق)

أخره عن السرقة وأحكامها لأنه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتأخر هو أو ما يدخل هو فيه من إطلاق لفظ السرقة بل إنما يتأخر الأخذ خفية عن الناس ، ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجاز الضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصب الإمام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الإدراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله وإذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته : يعنى شوكته (يقصصون قطع الطريق) أى أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعى أربعة ، وبالنسبة إلى ما هو أهم منه

أخذ منه اللوب عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يؤخذ عند أبي يوسف لأن السواد زيادة عنده كالحمرة ، وأما عند أبي حنيفة فإن السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فإن السواد وإن كان عنده أيضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك ، والله أعلم .

(باب قطع الطريق)

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى ، أما تسميتها سرقة فلأن قاطع الطريق يأخذ المال سرا من إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم ، كما أن السارق يأخذ المال سرا من إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه ، وأما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ، وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ ماله وهتك حرزه ولهذا غلظ الحد في حق قاطع الطريق ، وإنما أخره عن السرقة الصغرى لأنها أكثر وجودا منه . قوله (وإذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذلى والحرى والحر والعبد ، وأراد بالامتناع أن يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له أن يدافع تعرض الغير

(باب قطع الطريق)

مالا يقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم أو ذى والمأخوذ إذا قسم على جمعهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ملتبغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حداً والأصل فيه قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله - الآية ، والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة : هذه الثلاثة المذكورة ، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى

خمس . أما بالنسبة إلى الجزاء فلما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يبرزوا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا . وأما إن أخذوا مال مسلم أو ذى والمأخوذ إذا قسم على جمعهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعداً أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى . وأما إن قتلوا مسلماً أو ذمياً ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الإمام حداً ، ومعنى حداً أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره ، فحق عفا عنهم عصي الله تعالى . والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا ، وستأتي إن شاء الله تعالى . وفي فتاوى قاضيه خان : وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصاً ، وهذا يخالف ما ذكرنا ، إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل ، فلذا ساند في نظريها أنه يقتل قصاصاً بخلاف لعيسى بن أبان : وفيها أيضاً إن يخرج على القافلة في الطريق وأنشأ الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزى ويعنى سنييه ، وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالاً للنهي المذكور في الآية . وأما بالنسبة إلى ما هو أهم فالأربعة المذكورة . والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أخذوا توبة وفأى أيضاً في الكتاب ، والتقييد بمسلم أو ذى في صدر المسئلة ليخرج المستأن ، فلو قطعوا الطريق على مستأن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخافاً ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأييد ، وباقي الشروط من كون ذلك في بركة لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقنعه الشارحون بأق ذلك كله في الكتاب مفصلاً (والأصل فيه) أى في توزيع الجزية كما ذكرنا على الخنايات المذكورة (قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية ، سمي قاطع الطريق محارباً لله لأن المسافر معتمد على الله تعالى ، فالذى يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الأمن ، وأما محاربته لرسوله فلما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه ، فلذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أى يحاربون عباد الله ، وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم ثبت بالقطع على الكافر الذي (والمراد من الآية التوزيع) أى توزيع الجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق ، وبه قال الشافعي والليث وإسحق وقادة وأصحاب أحمد . وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود : الإمام غير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقاً . وقال مالك : إذا رأى الإمام القاطع جلد إذا رأى قتله ، وإن كان جلدًا

عن نفسه بقرته وشجاعته ، وكلامه واضح . وقوله (قتلهم حداً) أى لا يسقط القتل بغر الأروياء ويسمى قطع الطريق محاربين لأن المال في البرارى محفوظ بحفظ الله تعالى ، فلذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب (قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال) فيه إشارة إلى نفي مذهب مالك أن الإمام غير بين هذه الأشياء نظراً إلى ظاهر كلمة أو . وقوله (وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً ، وقوله وإن أخذوا مال مسلم أو ذى ، وقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا . والرابعة ما يذكر بعيد هذا من القتل وأخذ المال .

ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها . أما الحبس في الأولى فلأنه المراد بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ، ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الإخافة . وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمتعة . والحالة الثانية كما بيناها لما تلوانه . وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذى لتكون العصمة مؤيدة ، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع . وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كي لا يستباح طرفه إلا بتناوله ماله خطر ، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يودى إلى تفويت جنس المنفعة . والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوانه (ويقتلون حدا ، حتى لو عفا الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم)

لأرى له قطعه . ولنا ما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمى ، فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق ، فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ، ومن قتل ولم يأخذ قتل ، ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، ومن جاء مسلما هدم الإسلام ما كان منه في الشركة . وفي رواية عطية عن ابن عباس : « ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي » . وبالنظر إلى المعنى وهو أن من المقطوع به أن ماذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزئة على جنابة القطع ، ومن المقطوع به أن هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالإطلاق المحض للآية يقتضى أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزاء المذكورة وعلى أخفها أغلظ الأجزاء ، وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل لوجوب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف ، ولأن في هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالأخذ إلا أن هذا الأخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع إظهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين ، فقطع في الأخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين ، لأن الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ، ولو افقت قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ، ولم ينشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أو لا ، وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل

وقوله (ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أى على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغلظ الحكم أى الجزاء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الأحوال لا التخيير لأنه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس ، وهو خلاف مقتضى الحكمة ، والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى (قوله فلأنه المراد بالنفي المذكور) يعنى عندنا ، فإن الشافعى يقول : المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع ، وما قلناه أولى لأن العقوبة بالحبس مشروعة والأخذ بما يوجد له نظير في الشرع أولى من الأخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد : الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا ، لأن التقدير بال عشرة في موضع كان المستحق يأخذها فعضوا واحداً وهاهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة إلا في عشرين درهما . وقلنا : يغلظ الحد هاهنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار

(قال للمصنف : ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أقول : صلف على التعميم كأنه قال : والمراد والله تعالى أعلم بالتوزيع على الأحوال للتخيير ، لأن الأجزاء المذكورة في الآية الكريمة أربعة ، والأحوال أيضا أربعة ، فالظاهر انقسام الأجزاء عليها ، ولأن الجنايات الخ (قال المصنف : ويقتلون حدا) أقول : وفي فتاوى قاضيان أنهم يقتلون قسما فيهما مالا يخفى عن المخالفة .

لأنه حق الشرع : (و) الرابعة (إذا قتلوا وأعتلوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) وقتلهم وصلبهم ، وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم . وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع) لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن مادون النفس يدخل في النفس في باب الحد

اليسرى بالإجماع كى لا يثوى نصفه ، وكذا الأحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه ، وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ، ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد ، وكذا الرجل اليسرى . فإن قلت : ليس في الأجزاء الموزعة الحسب . قلنا : هو المراد بالثني ، وذلك لأن ظاهره لا يعمل به وهو الثني من الأرض : أى من وجه الأرض لأنه يتحقق مادام حيا ، وإن حمل على بعضها وهى بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس ، لأنه إذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيها يصير إليه من البلدة الأخرى فعملنا بمجازه وهو الحسب ، فإنه قد يطلق عليه أنه خارج من الدنيا . قال صالح بن عبد القدوس فيها ذكره الشريف في الفرر :

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فلما من الأحياء فيها ولا الموتى
إذا جامنا السجان يوما لحاجة عجبنا قلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضى الله عنه أن مجرد الثني لا يفيد في المقصود قال : يحبس في بلدة الثني ، ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحسب في بلدة الثني وغيرها فيقع تعيين بلدة الثني في غير الفائلة المطلوبة (قوله والرابعة) أى من أنواع هذه الجناية (ما إذا قتلوا وأعتلوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وإن شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم ، وهذا قول أبى حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا بد من الصلب للنفس في الحد ، ولا يجوز ترك الحد كالقتل ، وبه قال الشافعى وأحمد . أجاب بأن أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ، ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صلب العربيين ولا غيره صلب أحدا ، مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب ، فإن قوله - أن يقتلوا أو يصلبوا - إنما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل ، لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالإجماع . وقال محمد : لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب . وفي عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر أبى يوسف مع محمد ، وبه قال مالك إن كان القاطع ذا رأى ، والشافعى وأحمد مع أبى يوسف في أنه لا بد من الصلب ومع محمد في أنه لا يقطع (وجه قولم إنه جناية واحدة) هى جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين ، ولأن مادون النفس في باب الحد يدخل في النفس

المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ، ففي التصالب هذا الحد وحد السرقة سواء . وقوله (كى) لا يؤدى إلى تغويت جنس المنفعة) حتى إذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى ، وأما إذا كانت يده اليمنى مقطوعة فإنه تقطع رجله اليسرى . وقوله (فالإمام بالخيار) حاصله أن الإمام بالخيار في جمع العقوبتين بين قطع الأيدي والأرجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الأيدي والأرجل ، وكذلك الإمام الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدي والأرجل بين القتل والصلب ، وكان الخيار للإمام في موضعين ، وهذا قول أبى حنيفة ، وذكر في الكتاب قول أبى يوسف معه (وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر في عامة الروايات قول أبى يوسف معه (لأنه) أى قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن مادون النفس دخل في النفس في باب الحد

(قال المصنف : والرابعة إذا قتلوا وأعتلوا المال فالإمام بالخيار) أقول : فيه أن هذا الصغير متلف لما ذكره آتفا أن المراد التوزيع على الأخوال فيعامل في التوزيع .

كحد السرقة والرجم . ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهي بالقتل وأخذ المال . ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود لا في حد واحد . ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لأنه منصوب عليه . والمقصود التشهير ليعتبر به غيره . ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخبر فيه . ثم قال (ويصلب حيا ويبيع بطنه برمح إلى أن يموت) ومثله عن الكرخي . وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة . وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو

كحد السرقة والرجم) إذا اجتماعا بأن سرق المحصن ثم زنى فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهذا على اعتبار أبي يوسف مع أبي حنيفة لأمع محمد (أن هذه) الجنائية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وإنما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن (حيث فوت الأمن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق ، ألا يرى أن قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ، ولأن مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لأن التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع ، وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل ، إلا أن ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الانفراد ، فاما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للإمام ، وما ذكر من دخول مامون النمن في النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس ، أما إذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من إقامته فهي أجزاء حد واحد غير أنه إن بدأ بالجزء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر ، وإن بدأ بما تتلف به لا يفيصل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أي القدوري فيما إذا اختار الإمام صلبه ، أو ما إذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف أنه (يصلب حيا ويبيع بطنه إلى أن يموت ، ومثله عن الكرخي وجه قوله وهو الأصح أن الضلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولأن المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت ، إلا أن يقال : النص دل على ذلك ، فإنه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لأنه معاند له بحرف المتأد فلا يتصادق معه ، والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ . وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة ، فلها نسخت من لادن العرنيين على ما عرف . لا يقال : وجه الأول وهو الأصح لا يخفى

كحد السرقة والرجم) فإن السارق إذا زنى وهو محصن فإنه يرجم لأخيه لأن القتل يأتي على ذلك كله . قوله (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهو ظاهر الرواية (والتداخل في الحدود لا في حد واحد) ألا ترى أن الجملدات في الزنا لا تتداخل ، فإن قيل : لو كان حدا واحدا لما جاز للإمام أن يدع القطع كما لم يجز له . أن يترك بعض الجملدات . أحيب بأن ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لأن مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في أجزاء حد واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ، ثم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما إذا ضرب الزاني ، خمسين جلدة فات فإنه يترك ما بقي لأنه لا فائدة في إقامته والبيع بثمن من حد منع . قوله (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف أنه قال : يصلب وهو حي ويطن بالرمح حتى يموت . وقوله (توقيا عن المثلة) لأنها منهي عنها « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور » .

(قوله أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول : فيه بحث ، فإن المراد مثل ما قال القدوري .

المقصود به . قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به . وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره . قلنا : حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة . قال (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فإن باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم بأجمعهم) لأنه جزء المحاربة ، وهى تتحقق بأن يكون البعض ردما للبعض حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم ، وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق . قال (والقتل وإن كان بعضا أو بمجر أو بسيف فهو سواء) لأنه يقع قطعاً للطريق بقطع المارة (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرض منه فيما فيه الأرض وذلك إلى الأولياء) لأنه لأحد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي (وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لأنه لما وجب الحد حَقاً لله سقطت عصمة النفس

أنه لا يكاثر وجه الطحاوى . لأننا نقول : الحاصل ليس غير صلب وقتل بطن الرمح ، والثاني هو المعتاد بينهم لأن عادتهم القتل به فليس مثله عندهم كما هو في جدد الأذنين وقطع الأنف وسمل العينين : فإن كان هناك مثله فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته ، فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعاً لا يحتمل الشك ثم يغنى بينه وبين أهله بدفونه ، وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصل على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لأنه يتغير بعدها فيتأذى به الناس . وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره . قلنا : حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضى الدوام بل بمقدار متعارف لإيلاء الأعداء كما في مهلة المرتد وغيره كما في مدة الحيار (قوله وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) لما بينا في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وإن باشر القتل أحدهم) أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعنوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة يقتل واحد منهم واحداً (لأن القتل جزء المحاربة) التى فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردما للبعض حتى إذا انهمزوا انحازوا إليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافاً للشافعى . قلنا إنه حكم تعلق بالمحاربة فيستوى فيه المباشرة والرد كالفنيمة ، ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر في قتل الكل وإن لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالقتل ، لأن هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعى المماثلة ، ولهذا يقتل غير المباشر (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فإكان من جراحة يجزى فيها القصاص (اقتص وما كان لا يجزى فيه ذلك لزمه الأرض) ويعرف ما يقتص به ومالا يقتص في الجنايات إن شاء الله رب العالمين ، وهذا (لأنه لأحد في هذه الجناية) من قطع أو قتل (فظهر حق العبد فيستوفيه الولي) وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله (من خلاف) وبطلت الجراحات لأنملا وجب الحد سقاً لله سقطت عصمة النفس) أى ما حل

وقوله (بما ذكرناه) أى بالصلب ثلاثة أيام . قال (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) إذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال أخذه كالو سرق قطع يده وكلامه واضح . وقوله (انحازوا إليهم) أى انضموا . وقوله (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الإمام الترتائى حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق ، والمصنف لم يذكره في الإجمال بل قال هى أربعة لأن مراد المصنف الأحوال التى يدل عليها الأجرية المذكورة في النص حداً وهى أربعة كما ذكره . قوله (سقطت عصمة النفس

(قال المصنف : وإنما الشرط القتل من واحد منهم) أقول : لعل فيه تسامحاً والمراد ظاهر : أى من واحد منهم لا أقل .

حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال (وإن أخذ بعد ماتاب وقد قتل عبداً فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه) لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ، ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله ، فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ،

بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات إذا قتل فقتل حداً لأن الحد والضمان لا يجتمعان (قوله وإن أخذ بعد ماتاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص . قال تعالى - إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم - فإن كان قد قتل (فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه) لأن هذا القتل قصاص فصيح البفو عنه والصلح به ، وحينئذ لا بد أن يكون قتل بمجديد ونحوه لأن القصاص لا يجب إلا به ، ونحوه عند أي حنيفة ، وكذا إذا كان أخذ مالا ثم تاب فإن صاحبه إن شاء تركه وإن شاء ضمنه إن كان حالكا ويأخذ إن كان قائماً لأنه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد في ماله كما في النفس) وفي الميسر والمحيط : رد المال من تمام توبتهم لئلا يقطع به خصومة صاحبه ، ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب . واختلوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة ، وقيل يسقط أشار إليه محمد

حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن مادون النفس يجري مجرى الأموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لأن موجب الأرض هو المال ، لأنه لو لم يسقط لعصارت شبهة في وجوب القطع ، إذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق ، فإذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع . وقوله (فإن شاء الأولياء قتلوه) يعني قصاصاً . وقوله (للاستثناء المذكور في النص) يريد به قوله تعالى - إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم - الآية . واعترض بأن قوله - إلا الذين تابوا - هاهنا نظيره - وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا - قيل هو استثناء من قوله - ولم في الآخرة عذاب عظيم - إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين . وأجيب بأن قوله - وأولئك هم الفاسقون - لا يصلح جزاء ، وقد قررناه في التقرير ، بخلاف قوله - ولم في الآخرة عذاب عظيم - واعترض أيضاً بأن التوبة متوقفة على أداء المال أولاً ، فإن كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله ولأن التوبة تتوقف على رد المال ، وإن كان الأول كان الوجه الثاني داخلاً في الوجه الأول فلا يكون علة مستقلة ، إذ لا يصح أن يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة إلى حكم واحد . وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا إلى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهي الإقلاع في الحال والاجتناب في المال والندم على ماضى والعزم على أن لا يعود إليه أبداً ، ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى متوقفة على رد المال . وذهب بعضهم إلى أن الحد لا ينقطع مالم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها ، فالمصنف جمع بين قول المشايخ من هذا الطريق ، ذكر الاختلاف الإمام المحقق فخر الإسلام في مبسوطه . وقوله (ولا قطع في مثله) أي في مثل ما إذا رد المال إلى المالك لأن الخصومة تنقطع برد المال إليه وهي شرط لوجوب القطع . وقوله (فظهر حق العبد) يعني لما أتى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو)

(قوله لأن موجب الأرض) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وإن كان الأول الخ) أقول : لنا أن نخار الأول بمنع قوله كون الوجه الثاني داخلاً الخ ، فإن الداعل فيه هي المقدمة الأولى فقط ، فإن تقرير الوجه الثاني أن التوبة تكون برد المال ، وإذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكر ، حل أن توقفنا عليه فنفس الأمر أمر وملاحظته أمر آخر ، ولا يستلزم الأول الثاني ، وهذا كلام لإجل والمائل يكفيه الإشارة .

ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه (وإن كان من القطع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فالمدكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر . وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقيون وعلى هذا السرة الصغرى .

في الأصل لأن التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص ، وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا ، وبه قال مالك وأحد في رواية والشافعي في قول ، وعنهما تسقط لقوله تعالى - والَّذِينَ يَأْتِيَانَا مِنْكُمْ فَأَظْهَرْنَا تَابًا وَأَصْلَحُوا فَأَعْرَضُوا عَنْهَا - ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما ، والآية منسوخة ، إنما كان ذلك في أول الأمر . وإذا عرف هذا فقول المصنف ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه التناقض ، لأنها إذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة ، والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل . أعجب بفرض المسئلة فيها إذا رد بعضه فإنه علامة توبته ، فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه ، ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفي المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ، ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فإن الأمر في القتل والجرح إلى الأولياء إن شاءوا قتلوا قصاصا وإن شاءوا عفوا . وقال عيسى يقتلهم الإمام حدا لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم حدا لا قصاصا ، وهذا لأن ما دون النصاب كالعدم ، ولأنه تنفصل جنايتهم بأخذ شيء من المال فلا ينسقط الحد . والأصح ما ذكر في الكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس لإلصاق إليه ، فإذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع ، لأن القطع ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الولي ويجزى فيه أحكام القصاص (قوله وإن كان من القطع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فتظهر أحكام القصاص وتضمن المال والجراحات . وفي المبسوط : تابوا وفيهم بعد قطع يدهم دفعه مولاه أو فداءه كما لو فعله في غير قطع الطريق ، وهذا لأنه قصاص بين العبيد الأحرار فيأدون النفس فيبقي حكم الدفع والفداء ، فإن كانت فيهم امرأة ففعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف والواقع منها عبد لا تعقله العاقلة . قال المصنف (فالمدكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله . وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء) الأخذ والقتل (يحد الباقيون) وإن باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقيين . وقيل كان الوجه أن يقول : وقال أبو يوسف بعد أن قال المدكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر ، أو يقول المدكور ظاهر الرواية عن أصحابنا . وعن أبي يوسف كما قال المدكور في شرح مختصر الكرخي وغيره ، ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن الباقيين فإن العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرة الصغرى) إن ولى المجنون أو له به

وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفى ولى القصاص . واعترض بأن وجود الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد إلى المالك . وأجيب بأننا نفرض المسئلة فيما إذا تاب رد بعض المال بأن يرد مال بعض المقطوع عليهم

(قوله واعترض بأن وجوب الضمان الخ) أقول : المعتبر هو الكافي والإقتنا (قوله وأجيب بأننا نفرض المسئلة الخ) أقول : المحجب هو الكافي والإقتنا (قال المصنف : قول أبي حنيفة وزفر) أقول : لئى قولهما قولاً واحداً فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف (قال المصنف : لو باشر العقلاء) أقول : أطلق العقلاء ليدل على الكمال ، فالمراد العقلاء بالالفون .

له أن المباشر أصل والرذ تابع ولا دخل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع ، وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم . ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالحاطي مع العائد . وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركا بين المقتطوع عليهم ، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه ،

إخراج المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولى غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون ، وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم : لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذو الرحم لأنها شبهة اختصاص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقيين (لأن يوسف أن المباشر أصل والرذ تابع ، ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا دخل في الأصل) فيحد الباقيون (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الأصل ، فإن البسقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقيين فلا يحدون (ولهما) أي لأن حنيفة وعبد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) لحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقيين ، لأن (فعل الباقيين) حينئذ (بعض العلة و) ببعض العلة (لا يثبت الحكم وصار كالحاطي مع العائد) إذا اجتمعا في قتل موصوم الدم يسقط القصاص عن العائد (وأما ذو الرحم المحرم فقبل تأويله) أي تأويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقتطوع عليهم) وفي القطع ذو رحم محرم من أحدهم فلا يجب الحد على الباقيين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقيين فلا يجب الحد عليهم لأن المأخوذ شيء واحد ، فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقيين ، فأما إذا لم يكن المال مشتركا ، فإن لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك ، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والأصح أنه يجري على الإطلاق) وأنهم لا يحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطرق كشيء واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهي قطع الطريق

الطريق واستهلاك مال البعض الآخر أو هلاك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان ، وأقول : هذا إنما يتم أن لو كانت الثوبة متوقفة على رد المال في الحملة عند القائلين بذلك ، فأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا يتم ، ويجوز أن يقال هذا الوضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ . وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني إذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الأصل ، وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل . وقوله (فصار كالحاطي مع العائد) يعني إذا رى بسهم إلى إنسان عمدا ورماه أكثر خطأ وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العائد لأن الفعل واحد فيكون فعل الحاطي شبهة في حق العائد . وقوله (فقد قيل تأويله) ذهب أبو بكر الرازي إلى أن المسئلة محمولة على ما إذا كان المال مشتركا بين المقتطوع عليهم ، وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فإنه لا يجب الحد على الباقيين لأن المأخوذ شيء واحد ، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقيين ، وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لأن الأخذ من كل واحد منهم لا يتعلق له بغيره ، كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبي مالا آخر ، بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لأن الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والأصح أنه مطلق) أي ليس بمقتيد بكون المال مشتركا (لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه)

(قوله ذي الرحم المحرم من أحدهم) أقول : أي ذي رحم من أحد البرقاء .

فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين ، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء) لظهور حق العبد على ما ذكرناه (فإن شاعوا قتلوا وإن شاعوا عفوا ، وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فقاطع الطريق) استحساناً . وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة . وعن أبي يوسف أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر إن كان بقره لأنه لا يلحقه الغوث .

(فالامتناع في حق البعض لا يوجب الامتناع في حق الباقيين) بخلاف السرقة من حرزين لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما ، وإذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كل ذي الرحم الحرم (قوله بخلاف ما إذا كان فيهم) أي في المقطوع عليهم وهو القافلة (مستأمن) جواب عن مقدر هو أن القطع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم الحرم ، ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد ، فكذا يجب عند اختلاط المستأمن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم . أجاب بأن (الامتناع في حق المستأمن) إنما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء إن شاعوا عفوا وإن شاعوا اقتصوا) ويجرى الحال في المال على ما ذكر من قريب ، ولو لم يقع القتل والأخذ إلا في المستأمنين لأحد عليهم ، ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وإن لم يكن معصوما على التأبيد ، والله تعالى أعلم (قوله وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد ، وإذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس إن قتل محمداً بمحبة أو بمثل عندهما ورد المال إن أخذه وهو قائم وضمانه إن هلك أو استهلكه (قوله ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة) وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران إحداهما بالأخرى (فليس بقاطع الطريق استحساناً) وكذا بين القريتين ، وحد بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعاً وهو قول الشافعي) فإن في وجيزهم : من أخذ في البلد مالا مغالبة فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه) إذا كان خارج المصر ولو يقرب منه يجب الحد لأنه لا يلحقه الغوث لأنه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته في المفازة ، ولا تفصيل في النص في مكان القطع . وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب . وعنه لا يحارب إلا على قدر ثلاثة أميال من العمران . وتوقف أحد مرة وأكثر أصحابه أن يكون موضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي يوسف) في رواية أخرى إن قصده

لأبي حنيفة وزفر (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لأن كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكما . وقوله (بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كقاطع الطريق على ذي الرحم الحرم ، ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضاً . وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة (وهو) أي اللخلل (يخص المستأمن) فلا يصير شبهة لأن الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه (قال المصنف : فصارت القافلة كدار واحدة) أقول : الأول كبيت واحد لأنه قد يكون في الدار الواحدة مقامير كما سبق .

وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالحشب فهم قطاع الطريق لأن السلاح لأبليث والغوث يبطئ بالليلي ، ونحن نقول : إن قطع الطريق بقطع المسارة ولا يتحقق ذلك في المهر ويقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث ، إلا أنهم يؤخذون برد المسال أيضاً للاحق إلى المستحق ، ويؤمّدون ويحبسون لارتكابهم الخيانة ، ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا (ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلة عند أبي حنيفة) وهي مسألة القتل بالمثل ، وسنين في باب الديات إن شاء الله تعالى (وإن خنق في المهر غير مرة قتل به) لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل ، والله تعالى أعلم .

بالسلاح نهاراً في المهر فهو قاطع ، وإن كان بغيره من الحشب ونحوه فليس بقاطع ، وفي الليل يكون قاطعاً بالحشب والحجر (لأن السلاح لأبليث) فيتحقق القطع قبل الغوث (والغوث يبطئ بالليلي) فيتحقق بلا سلاح . وفي شرح الطحاوي : الفتوى على قول أبي يوسف . قال المصنف (ونحن نقول : إن قطع الطريق بقطع المسارة ، ولا يتحقق ذلك في المهر وما يقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم أن الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق ، وإنما هو اسم بين الناس ، وإنما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المهر وسخارجه ، ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المهر والقاطع . ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاهراً وهو ماعلى به للظاهر ، وإذا قلنا إنهم ليسوا قطعاً فسيبهم أن يضربوا ويحبسوا ، وإن قتلوا لزم القصاص وأحكامه ، وإن أخذوا مالا ضمنوه إذا أئلفوه ، وعلى تقدير أنهم قطاع إن قتلوا قتلوا حداً فلا يقبل عفو الأولياء فهم ثم لا يضمنون على ما سمعت . وقوله (لما بينا) أى من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد (قوله ومن خنق رجلاً حتى قتله لزمته الدية على عاقلة عند أبي حنيفة) وهي مسألة القتل بالمثل ، وسنينه إن شاء الله تعالى في الديات (وظاهر أنها ليست مسألة المثل ، وإنما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عند في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في إيلاؤه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فإن خنق غير مرة قتل) الآن لأنه ظهر قصده إلى القتل بالتخييق حيث عرف إفضاؤه إلى القتل ثم صار يعتمد (ولأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) .

[فروع] نص في الأصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما ، أما العبد فظاهر ، وأما المرأة فكثيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية ، وهو اختيار الطحاوي لأن الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها . وذكر الكرخي أن حد قطاع الطريق لا يجب على النساء ، لأن

كما إذا سرق الخمر وعشرة دراهم ، وأما وجود ذى الرجم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لأن القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الأجنبي من بيت القريب فإنه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز . وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر . وقوله (ولا يتحقق ذلك في المهر ويقرب منه) قبح البعد بين المهرين وبين القطع مسيرة سفر في ظاهر الرواية . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لظهور حق العبد . وقوله (ومن خنق رجلاً) بالتخفيف من خنقه إذا حضر حلقه ، والحناق فاعله ومصدره ألخق بكسر النون ولا يقال بالسكون ، كذا عن الفارابي .

السبب هو المحاربة ، والمرأة بأصل الحلقة ليست محاربة كالصبي ، ألا يرى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوي بين الرجل والمرأة فكذلك في العقوبة المستحقة بالمحاربة ، ولكن يرد على هذا العبد فإنه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد . وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء . وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف : إذا قطع قوم الطريق ومعه امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم لا عليها . وقال محمد : يقام عليها ولا يقام عليهم . وذكر ابن سبابة عن محمد عن أبي حنيفة : أنه يندأ عنهم جميعا لتكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي . والعجب ممن يذكر هذه ، أضحى كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوبا إلى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا . ومن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الأوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البينة في أصل الحلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته لإطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة إلا بالله . وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات . وعلمه بأن المرأة إذا قاومت العدو وأسرت لم تقتل وإنما قتلن بقتلن والضمان لأخذهن المال ، وبقيت قطع الطريق بالإقرار مرة واحدة ، وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال إن كان أقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين بل معاينة القطع أو الإقرار ، فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على إقرارهم به لا يقبل ، ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وإن علا وابنه وإن سفل ، ولو قالوا قطعوا علينا وعلى أمهائنا وأخذوا مالنا لا يقبل لأنهما شهدا لأنفسهما ، ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أولا يعرف لا يقبل الحد عليهم إلا بمحض من ألهمهم ، ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الإسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم إلى الإمام لا عصى عليهم الحد لأنهم باشروا السب حين لم يكونوا تحت يده ، وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الإقامة عليهم فلا يفعل ، ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب . ولو رفعوا إلى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم إلى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض آخر لم يقم عليهم الحد ، إما لتقدم العهد وفيه نظر ، أو لعدم الجرم وقد سقط خصومتهم بما وصل إليهم أو لقضاء الأول فيتم بذلك لنفاذه إذ هو في فصل مجتهد فيه من نقرر الضمان . وإذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لأشياء عليه ، وكذا لو قطع يده لأنه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ، ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق . اقتصر منه لأنه قتل نفسا معصومة ، ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات الحل ، فوجود هذه البينة كعلمها ، إلا أن يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور أنه استوفى حق نفسه . ولو أن لصوصا أخذوا متاع قوم فاستعانوا بقوم وخرجوا في طلبهم إن كان أرباب المتاع معهم حل قتالهم ، وكذا إذا غابوا والمحارجون يعرفون مكانهم ويقربون على رد المتاع

(كتاب السير)

السير جمع سيرة ، وهى الطريقة فى الأمور ، وفى الشرع تختص بسير النبي عليه الصلاة والسلام فى مغازيه .

عليهم ، وإن كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرّون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقتلوه لأن القتال للاسترداد للرد على أرباب الأموال ولا قدرة على الرد ، ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لأشياء عليهم لأنهم قتلوه لأجل ما لهم ، فإن فر منهم إلى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لأنهم قتلوه لأجل ما لهم ، وكذا لو فر رجل من القطاع فلمحقوه وقد ألقى نفسه فى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لأن قتلهم إياه لأجل الخوف على الأموال ، ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لإحلافى قوله صلى الله عليه وسلم « من قتل دون ماله فهو شهيد » .

(كتاب السير)

أورد الجهاد عقيب الحدود لأنه يعد أن ناسبها بوجهين بإيجاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكتاب وهو إغلاء العالم من الفساد ، ويكون كل منهما حسن لحسن لغيره ، وذلك الغير وهو إغلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمورة وهو القتال وجب تأخيرها عنها لوجهين : كون الفساد المطلوب الإغلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه ، والمادة فى التعاليم الشروع فيها على وجه الترقى من الأدنى إلى ما هو أعلى منه ، وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين ، وتقديم ما يتعلق بالمسلمين أولى . ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات ، فلذا أوردته بعض الناس عقيبها قبل النكاح لأنه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة)

(كتاب السير)

قدم الحدود على السير لأن كل واحد منهما حسن لمعنى فى غيره ، وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالباً أو على الخصوص فى حد الشرب . وفى السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهى فعلة من السير (وهى الطريقة فى الأمور . وفى الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم فى مغازيه) قال فى المغرب : أصل السيرة حالة السير ، إلا أنها غلبت فى لسان الشرع على أمور المغازى وما يتعلق بها كالتناكس على أمور الحج ، والمغازى جمع المغزاة من غزوات العدو قصدته للقتال ، وهى الغزوة والمغزاة والمغزاة .

سبحه ففتح المير

(كتاب السير)

(قوله وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول : استتراف من مثل الوضوء ، فإن ذلك الغير له لا يتأدى بفعل المأمور به بل يفترق إلى إثبات به على حدة وهو الصلاة ، وتفصيله فى كتب الأصول فى باب الأمر (قوله إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين فتح) أقول : أى بلا ليراد فيه . أجنبى بينهما فلا يرد أن يقال يكفى فى بيان وجه التقديم أن يقال لأن الحدود معاملة مع المسلمين فتح وما عداه غير محتاج إليه .

وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لأن فعلة للهيئة كجلسة وخرة ، وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز : سار فينا بسيرة العمرين ، لكن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها في غزو الكفار ، وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة . وقد يقال كتاب الجهاد ، وهو أيضا أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم إلى الدين الحق وقنالم إن لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي ، وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدرا معايعا لغزا دالا على الوحدة ، والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خصص في عرفهم بقتال الكفار . هذا وفضل الجهاد عظيم ، وكيف لا وحاصله بكل أمر المحبوبات وإدخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الإنسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتعقبا بذلك إليه سبحانه وتعالى ، وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل جلي الدوام ومجانبة أهويتها ، ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة « رجعتا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر » ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخوة في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود « قلت يا رسول الله أي الأعمال أفضل ؟ قال : الصلاة على ميقاتها ، قلت : ثم أي ؟ قال : بر الوالدين ؛ قلت : ثم أي ؟ قال : الجهاد في سبيل الله ، ولو استرذته لزدني » رواه البخاري . وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الإيمان في حديث أبي هريرة قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أي العمل أفضل ؟ قال : إيمان بالله ورسوله ، قيل : ثم ماذا ؟ قال : الجهاد في سبيل الله ، قيل : ثم ماذا ؟ قال : حجج مبرور » متفق عليه . وهذه وإن كانت بصورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل كل على ما يليق بهما السائل ، فإذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيمته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة إليه أفضل ممن ليس مثله في الجلالة والغناء ، وفيه نظر لأن المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض ، وفي هذا لا يتردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في أوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد ، ولأن هذه فرض عين وتكرر والجهاد ليس كذلك ، ولأن الفرائض الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة فكان مقصودا وحسنا لغيره ، بخلاف الصلاة حسنة لغيرها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ ، وفيه طول إلى أن قال « والذي نفس محمد بيده ما شجب وجه ولا أظهرت قدم في عمل يعني به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله » صححه الرملي ، وإذا لاشك في هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان في حديث أبي هريرة ، ويكون من عموم الحجاز أو يرجع بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الأحاديث السابقة . والحق أنه ليس فيه معارضة لأنه لم يذكر الصلاة فيه أصلا ، فلما فيه أنه جعل الجهاد بعد الإيمان وهو يصلح إذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد الإيمان فلا معارضة إلا إذا نظرنا إلى المقصود . ومن الأحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مقام الرجل في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل مئة سنة » رواه الحاكم وقال : على شرط البخاري . وعن أبي هريرة « قيل يا رسول الله ما يعبد الجهاد في سبيل الله ؟ قال : لا تستطيعونه ، فاعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ، ثم قال : مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا يصامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله »

قال (الجهاد فرض على الكفاية

متفق عليه . وعن أبي هريرة رضى الله عنه ، عنه عليه الصلاة والسلام « من احتبس فرسا في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة » رواه البخارى . ومن توابع الجهاد الرباط ، وهو الإقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى . والأحاديث في فضله كثيرة : منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضى الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه ، وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذى كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان » رواه مسلم . زاد الطبرانى « وبعث يوم القيامة شهيداً » وروى الطبرانى بسند ثقات في حديث مرفوع « من مات رباطاً أمن من الفرع الأكبر » ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة « وبعث الله يوم القيامة أمناً من الفرع » وعن أبي أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إن صلاة الرباط تعدل خمسين صلاة ، ونفقة الدينار والدرهم منه أفضل من سبعائة دينار ينفعه في غيره » هذا ، واختلف المشايخ في أهل الذى يتحقق فيه الرباط فإنه لا يتحقق في كل مكان ، ففي النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراه إسلام لأن مادونه لو كان رباطاً فكل المسلمين في بلادهم رباطون . وقال بعضهم : إذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطاً إلى أربعين سنة ، وإذا أغاروا مرتين يكون رباطاً إلى مائة وعشرين سنة ، وإذا أغاروا ثلاث مرات يكون رباطاً إلى يوم القيامة . قال في الفتاوى الكبرى : والمختار هو الأول . واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام « من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعاً لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه إلا لحمة القسم ، فإن الله يقول - وإن منكم إلا واردة - » رواه أبو يعلى . وفيه لين محتمل في المتابعات ، وليس يستلزم أن تكون ذلك باعتبار المكان ، فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله . ولننضم هذه المقدمة بحديث البخارى عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال « تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة » زاد في روايته وعبد القطيفة ، إن أعطى رضى وإن لم يعط سقط ، تعس وانتكس ، وإذا شيك فلا انتقش ، طوى لعيد آخذ بعتان فرسه في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه ، إن كان في الحراسة كان في الحراسة ، وإن كان في الساقاة كان في الساقاة ، إن استأذن لم يؤذن له ، وإن شفع لم يشفع » (قوله الجهاد فرض على الكفاية

قال (الجهاد فرض على الكفاية)

(قال المصنف : الجهاد فرض على الكفاية) أقول أى فرض لأجل كفاية مهم دينى أن يكون على التاميل كما في قوله تعالى - ولتكبروا الله على ما هداكم - أى هدايته لإياكم ، ويجوز أن يكون للمصاحبة كما في قوله تعالى - وآق المال على حبه - ويجوز أن يكون المضاعف مقدراً وعلى الاستعلاء أى على أهل الكفاية أن كل المصدر يعنى اسم الفاعل أى على الكفاية فيكون المراد تقرر القرينة وإلا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار . وفي المحيط البرهاني والخيرية : قال أبو حنيفة : الجهاد واجب على المسلمين ، إلا أن المسلمين قسمة من تركه الجهاد حتى يحتاج إليهم . واختلف عبارة المشايخ في ذلك ، قال بعضهم : الجهاد واجب على المسلمين ، فإذا جاء التغير فهو فريضة ، وافرقت هذا القائل بين القرينة والواجب ، والفرق بينهما ظاهر نظراً إلى الأحكام ، حتى إن الصلاة المنطوية لا تؤدى بمد صلاة العصر وتبقى الفرائض بمد العصر . وبضمهم قال : الجهاد قبل التغير تطوع وبعد التغير فرض عين ، ومنه سمي الفرائض مطوعة : أى مطوعة ، قال الله تعالى « الذين يلزمون المطوعين من المؤمنين - أراد المطوعين ، وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل التغير فرض كفاية وبعد التغير فرض عين ، وإنما عرفت فرضيته بالكتاب ، قال الله تعالى - اقتلوا المشركين حيث وجدتهم - اتبى . ونحن نقول : هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعى الذى يكفر جاسده . فإن قيل : فيلزم أن يكفر من قال بوجوده أو استعباده من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسى في المحيط : الجهاد فريضة محكمة وتقضية بختمه يكفر جاسدها ويغسل عانها ، وكذا قال صاحب الاعتبار : الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاسدها . ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . قلنا : إنما يكفر منكر الفرض لو لم

إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي (أما الفرضية فلقوله تعالى - فقاتلوا المشركين -

إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى - فقاتلوا المشركين -) حيث وجدتموه ، وقوله تعالى - فقاتلوا أئمة الكفر - وقوله تعالى - وقاتلوه حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله - وقوله تعالى - كتب عليكم القتال وهو كره لكم - وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة - وقوله تعالى - انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله - وقوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » والتخصيص المعتبر عند أهل الأصول قصر العام على بعض ما يتناول به دليل مستقل لفظي مقارن للمعنى ، وبهذه يفتى ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الأمر به للندب ، وكذا - كتب عليكم - كقوله - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية - ونقل عن ابن عمر ، ويجب حمله إن صبح على أنه ليس بفرض عين - فإن قلت : كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض ؟ والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا بصير العام ظنيا ، وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص ، وذلك أن النص مقرون بما يقيد بغيره وهو من حيث يحارب لقوله تعالى - وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة - فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتلهم ومسبب عنه ، وكذا - قوله تعالى - وقاتلوه حتى لا تكون فتنة - أي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالإكراه بالضرب والقتل ، وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الإسلام على ما عرف في السير ، فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرّون

قيل : الجهاد هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال . وسببه كون الكفار حربا علينا ، وهو فرض كفاية (إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقي . أما الفرضية فلقوله تعالى - فقاتلوا المشركين -) وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية

يكن مؤلا . قال فمرآج الداية : وأجمت الأمة على فرضية الجهاد . وفي الإفصاح : غير الواحد إذا تأيد بالكتاب والسنة والإجماع يفيد الفرضية ، وما هنا كذلك قوله وهو أي الجهاد فرض على الكفاية ، وبه قال أكثُر أهل العلم إلا ابن المسيب فإنه قال : فرض عين للمؤمنات في النصوص . وحكى عن ابن شعبة والثوري أنه غير واجب . وهكذا روى عن ابن عمر . وسئل عطاء وعمر بن دينار أن الغزوات واجب قال : ما علمناه واجباً ، وقالوا قوله تعالى - كتب عليكم القتال - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية - انتهى . فإن قيل : قوله وأجمت الأمة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله به من أنه حكي عن ابن شعبة والثوري أنه غير واجب ، وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمر بن دينار أن الغزو واجب قال : ما علمناه واجباً . قلنا : قوله حكي يدل على أنهما قولاً آخر هو أظهر للقولين منهما وهو القول بالوجوب ، وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمر بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية . ثم لا يلزم ذلك التأويل قوله وقالوا قوله تعالى - كتب عليكم القتال - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية - فليتأمل (قوله قيل الجهاد هو الدعاء) أقول : القتال صاحب النهاية نقلنا من التحفة وهو تعريف الجهاد الشرعي (قوله إل الدين) أقول : أي إلى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول : الواو هنا بمعنى أو (قال المصنف : أما الفرضية فلقوله تعالى - فقاتلوا المشركين) أقول : فإن قيل إنه عام خاص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبه لا يصلح دليل الفرضية ، وإنما قلنا إنه خاص منه البعض فإنه قد خص من قوله تعالى - قاتلوا - الصبيان والمجانين والنساء والأعمى والمجانين ، وخص من المشركين أيضا . المستأمن والذلي . قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الأمر فبالعقل كما صرح به في كتب الأصول فلا يقتض في الحقيقة النص ، وأما تخصيص البراق فلا نعلم أنه ليس بطريق السخ . وأيضا لأنسلم أنه قد خص المستأمن والذلي ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون الذم للمهمل والمجهود من الذين ذكروا في قوله - وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم - فتأمل . هل أنه لا يبعد أن يكون المصنف منفرطاً في ذلك العلماء القائلين بأن تخصيص عموم لا يضر في كون العام قطعياً في الباقي ، وما ذكرنا هو المخلص مما لو رد على المخرج الأجل حيث قال : وهو دليل قطعي .

ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » وأراد به فرضا باقيا ، وهو فرض على الكفاية لأنه مافرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه ، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد ،

على تفتين المسلم عن دينه ، فكان الأمر ابتداء بقتال من يمحط بحارب من المشركين بالحديث الصحيح ، وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات الصحيحة لحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة « ما كانت هذه تقاتل » وأما قوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » فدل على وجوبه وأنه لا ينسخ ، وهذا لأن خبر الواحد لا يفيد الإفراض . وقول صاحب الإيضاح إذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية ممنوع ، بل المفيد حينئذ الكتاب والإجماع ، وجاء الخبر على وفقهما ، والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضي الله عنه قال : قال صلى الله عليه وسلم من حديث « والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمي الدجال ، لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل ، والإيمان بالأقدار » فيه يزيد من أي شربة من بئر سليم لم يرو عنه إلا جعفر بن برقان ، وعن هذا والله أعلم قال المنزلي : هو في معنى المجهول ، ولا شك

(ولقوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد ماض إلى يوم القيامة ») أي نافذ ، من مضى في الأرض مضيا إذا نفذ . فإن قيل : كيف يصح التسلك على دعوى الفرضية بخبر الواحد . أجيب بأن خبر الواحد إذا تأيد بالبيعة القطعية صح إضافة الفرضية إليه ، وهاتنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى - فاقبلوا - وبالإجماع ، وفيه نظر لأننا لانسلم أنه إذا تأيد بالقطعي أفاد الفرضية ، فإن الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد . ويمكن أن يقال : الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل ليبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة ، فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك ، وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (وأما كونه فرضا على الكفاية فلا أنه مافرض لعينه لكونه إفسادا في نفسه) بتخريب البلاد وإفناء العباد ، لكن (لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد

(قوله فإن قيل ، إلى قوله : بخبر الواحد) أقول : تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به في كتب الأصول ، وأصله أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بأن الخ) أقول : الجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالإجماع) أقول : فيه بحث ، فإن من إصحابنا من قال إنه منقوب ، ومنهم من قال إنه واجب غير فرض صرح به في الهيوط والشريعة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول : ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على إرادة الفرضية ، وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لا يدل على انقضاء الفرضية من سباق الحديث بل من الدلائل الأخر فإن قيل : انتهى عليه الصلاة والسلام بموت نبيان الأحكام . قلنا : ذلك أيضا لا يدل على تبين الفرضية بخلاف أن يكون النصب أو الوجوب مع أن فيه تأملا بخلاف أن يكون من قبيل الإخبار عن النبي ، ثم المراد من قول المصنف أما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تأمل ، ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض ، فإنه من معنى الأمر إذا نفذ ، والتائفة من بين الأحكام هو الفرض الذي لا بد له ، والبقاء يستفاد من كلمة إلى فإنها تتعلق بمعنى الاستعداد كما ذكرنا (قوله فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ) أقول : لانسلم ذلك ، فإن نسبة أمر إلى المشتق تثبت عليه المأخذ كما في السارق والسارقة الآية - والزانية والزاني - الآية (قال المصنف : ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » وأراد به فرضا باقيا) أقول : الفرضية مستفادة من قوله ماض : أي نافذ ، والتأيد إنما هو في الفرض من بين الأحكام ، فإن في النصب والإباسة الاحتفال والبقاء من كلمة إلى فإنه يدل على تضمين معنى الاستعداد والبقاء ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض » من معنى الأمر نفذ فليتل . وفي الإيضاح خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية ، وههنا كذلك ، كلما في مرجح الدرية . وقال السرخسي أيضا في محيطه . قال عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى يوم القيامة حتى تقاتل عصاة من أمي الدجال » وأراد بقوله ماض : أي فرض واجب له . فإن قيل : لم لا يجوز أن يكون المضي بمعنى الذهاب وفي الصحاح معنى الشيء مضيا ذهب : أي ذهب باق إلى يوم القيامة فلا يتجه الاستعداد ؟ قلنا : للكتاب في تفسير المضي كما وقع في الصحاح معنى انحلت تلك أمة قد خلت - (قال المصنف : لأنه مافرض لعينه الخ) أقول : تقرير الدليل أن الجهاد مفروض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبيض ، وإنما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل بالتفريق ألزامه فمفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود إلا بإتمام الكل ، يشير إلى ذلك قوله وهذا لا ينال المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فليتل .

فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقي كصلاة الجنائز ورد السلام (فإن لم يقر به أحد أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل ، ولأن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (إلا أن يكون التغير عاما) فيحتل يصير من فروض الأعيان

أن إجماع الأمة أن الجهاد ماض إلى يوم القيامة لم ينسخ ، فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، وأنه لا قاتل أن يقتل آخر الأمة الدجال ينتهى وجوب الجهاد . وأما كونه على الكفاية فلأن المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل إعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى - وقاتلهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله - (فإذا حصل ذلك بالبعض سقط) هو لحصول ما هو المقصود منه (كصلاة الجنائز) المقصود منها قضاء حق الميت والإحسان إليه . وذهب ابن المسيب إلى أنه فرض عين تمسكا بعين الأدلة المذكورة إذ يمثلها بثبوت فروض الأعيان . قلنا : نعم لولا قوله تعالى - لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون - الآية إلى قوله تعالى - وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدین أجرا عظيما - ولأنه لو كان علينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والحلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والأقوات فيؤدي لإيجابه على الكل إلى تركه العجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكر إنما يثبت إذا لزم من كونه فرض عين أن يخرج الكل من الأمصار دفعة واحدة ، وليس ذلك لازما بل يكون كالخلع على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففي مرة طائفة وفي مرة طائفة أخرى وهكذا ، وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش ، فالمعول عليه في ذلك نص - لا يستوى القاعدون - ثم هذا (إذا لم يكن التغير عاما ، فإن كان) بأن هجموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الأعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر ، وكذا من يقرب منهم لم يكن بأهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب إن لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا أو عصوا ، وهكذا إلى أن يجب على جميع

فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقي كصلاة الجنائز ورد السلام (والمراد بكراع الخيل .

(قوله كصلاة الجنائز ورد السلام) أقول : فإني قد قد لفتني ليس هنا من يدعي عليه أنها بدون الميت والمسلم حيث ، بل حسبنا ما في غيرها وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحي ، كذا ذكره القاضي الإمام أبو زيد (قال المصنف : أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل) أقول : لا يلزم أن يعلم أنه أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتى يسقط من أهل الهند بقيام أهل الروم ، إذ لا ينبغي بقيامهم القرون اخذوا المسلمين ، وأن قوله تعالى - قاتلوا الذين يلوونكم من الكفار - يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار ، هذا ما سنع به الخاطى القاتل بغير الله الملك القادر . ثم أقول : في قوله أثم جميع الناس لأن الوجوب على الكل بحيث لأن من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع أثم على تقدير التركة أيضا على ما بين في الأصول (قال المصنف : لأن في اشتغال الكل الخ) أقول : إن قيل الأس لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل في كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ، ولم لا يجوز أن يجب في المرة مرة ؟ قلنا : سبب الجهاد كونه الكفار حربا علينا وهو متعدد فيصعد الوجوب . ثم فهذا المقام قصة صبيبة وهي أن إبراهيم باشا المقتول قد جلسا حاليا في سفره ففسد أكثر الموال ، وكان البحث عن أول كتاب الجهاد . واعترض محمد بن يبري باشا على قوله وهو دليل قطعي الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجيء من الشارع نفسه من أنهم أجمعوا على أنه خصوص خص من الله والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير أيضا . وأجاب عنه الحافظ المصنف المشهور بأن يجوز أن يكون بالنسبة إلى الفاعل قطعا وبالنسبة إلى المفعول ظاهرا لما دخله التخصيص ، فأقيم القتال بذلك الكلام ، لكنه مردود فإن المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا فكيف جاحده وواجبا لا يكفر طائفة ، وإذا لا يتقرب به إلا للمعصية ، بل المعلوم من قواعد الأصول أن العام إذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا أو مفعولا يخرج الدليل المشتغل على ذلك العام من أن يكون قطعا فلا يثبت به الفرضية (قال المصنف : إلا أن يكون التغير عاما) أقول : أي الخروج إلى الحرب من نفر القوم في الأمر أو إلى السفر نفرا وفعليا : أي خرجوا .

لقوله تعالى - انفروا خفافا وثقالا - الآية . وقال في الجامع الصغير : الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية

أهل الإسلام شرقا وغربا ، كجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محله ، فإن لم يفعلوا عجزا وجب على من يبلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا ، وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون وبلغهم الخبر ولا فهو تكليف بما لا يطاق . بخلاف إنفاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب بمن علم ، ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه ، واستدل على ذلك بقوله تعالى . (انفروا خفافا وثقالا) قبل المراد به ركباناً ومشاة ، وقيل شباباً وشيوخاً ، وقيل عزاباً ومزوجين ، وقيل أغنياء وفقراء . وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه : أي انفروا مع كل حال من هذه الأحوال . وحاصلها أنه لم يعدل أحدا فأفاد العينية ، وفيه نظر لأن الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعييناً العينية ، بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لإفادة الوجوب ، ثم تعرف الكفاية - بالآية المتقدمة ، وأما العينية في التفسير العام فبالإجماع لأنه من إغاة الملل والمظلم ، وهذا من جهة الدراية . ثم ذكر الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج إليهم) قال (فأول هذا الكلام) يعني قوله واجب وأنهم في سعة من تركه (إشارة إلى أن الوجوب على الكفاية)

وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أي ركباناً ومشاة أو شباناً وشيوخاً أو مهزلة وسناناً أو صحاحاً ومرأصاً . واعترض بأن قوله تعالى - انفروا خفافا وثقالا - عام فما وجه تقييده بالتغير العام . وأجيب بأنه رفع الحرج ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخاف كثير من أهل المدينة ، فلم بذلك اختصاصه بالتغير العام ، ولأن الله تعالى قال - لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر - إلى قوله تعالى - وكلا وعد الله الحسنى - وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ، ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد . ثم الجهاد يصير فرض عين عند التغير العام على من يقرب من العدو وهو يقتل عليه ، وأما من وزعمهم فلا يكون فرضاً عليهم إلا إذا احتيج إليهم ، إما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو ، وإما لتكاسل فيحتل بفرض على من يليهم ثم وهم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدرج . وقوله (فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية) أراد بالأول قوله رحمه الله : الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة ، إذ الاستثناء

(قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول : هذه الآية الشريفة في سورة التوبة (قوله ولأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة (ع) أقول : فيه بحث ، فإن تخلفهم كان لحفظ المدينة من حولها من الكفار فهم أيضاً محاطون لكنهم ليسوا بسوء الحس قلين خرجوا ، فإن أفضل الأعمال أحزما . وإلحاق أن التفر هو الخروج فتأمل (قوله ولأن الله تعالى قال - لا يستوي القاعدون - إلى آخر الآية الشريفة) أقول : هذه الآية الشريفة في سورة النساء ، وفيه بحث ، فإن هذا مبني على أن يكون قوله تعالى لا يستوي - الآية متأخر من حيث النزول من قوله تعالى - انفروا - الآية ، فإن المقصود لا يخص المتأخر وهو ممنوع ، كيف وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة ، وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت . وأيضا لأنهم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ، ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك ، إلى قوله تعالى - ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله - وأما القول بأن تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من الأعداء سيما فهم أيضاً من المجاهدين ليسوا بسوء الحس قلين فيجهدون بالسفر فقيه بحث كما أشرنا ، لأنه حيث يجب أن يخرج ما زاد على ما يتلطف به تلك الضرورة مع أنه ليس كذلك على ما عهد عليه السير والتواريخ (قوله يفرض على من يليهم ثم وهم إلى) أقول : قوله تعالى - قاتلوا الذين يلونكم من الكفار - والآية تدل أن الجهاد فرض على كل من يلي الكفار

وآخره إلى النفي العام ، وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل . (وقال الكفار واجب) وإن لم يبدعوا للعمومات

لا يمكن أن يراد ترك الكل وإلا لم يكن واجبا فهو ترك البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج إليهم (يفيد العينة) إذ صار الحاصل لأنه واجب يسع البعض تركه إلا أن يحتاج فلا يسع ، ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف . وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع فينبغي أن يخرج لتكثير السواد فإن فيه إرهابا . ونفر القوم نفرا ونفيرا إذا خرجوا (قوله وقاتل الكفار) الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب أوم لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وإن لم يبدعوا) لأن الأدلة الموجبة له لم تقيد بالوجوب ببداعتهم ، وهذا معنى قوله (للعمومات)

تكلم بالباقي بعد التنبأ فكان في مجموع المستفي والمستثنى منه إشارة إلى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج إليهم إلى النفي العام . قال (وقاتل الكفار) الذين امتنعوا عن الإسلام وأداء الجزية (واجب وإن لم يبدعوا بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك كقوله تعالى - فاقتلوا المشركين - وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة - كتب عليكم القتال - وغيرها . فإن قيل العمومات معارضة بقوله تعالى - فإن قاتلوكم فاقتلوهم - فإنه يدل على أن قتال الكفار إنما يجب إذا بدعوا بالقتال ، أجب بأنه منسوخ ، وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مأمورا بالصفع والإعراض عن المشركين بقوله - فاصفع الصفع الجميل - وأعرض عن المشركين - ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالأحسن بقوله تعالى - ادع إلى سبيل ربك بالحكمة - الآية ثم أذن بالقتال إذا كانت البدعة منهم بقوله تعالى - أذن للذين يقاتلون - الآية . وبقوله - فإن قاتلوكم فاقتلوهم - ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الأزمان بقوله تعالى - فإذا انسحق الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين - الآية ، ثم أمر بالبدعة بالقتال مطلقا في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها فقال تعالى - وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة - الآية - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر - الآية .

من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم من أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلا كأمرا إليه (قال المصنف : فيفترض) أقول : أشار بصيغة الاتصال الدالة على الكمال إلى الكمال في البرية وهو لا يسقط بفعل اليأس . (قوله فإن قيل ، إلى قوله : أجب الخ) أقول : هذه الآية قسرة البقرة وفيه بحث ، أما في السؤال فإنه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة العمومات ، وعند القائلين به لا تناقض المصطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه ، وأيضا الملحق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام ، فإن نظام الآية الجزية هكذا - ولا تقتاتلهم عند المسجد الحرام حتى يقتلوكم فيه ، فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين - ولا ذلك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداعتهم ، وأما في الجواب فلأن ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بتلخيص عندنا نص عليه في التوضيح ، ويقال شأنا على ذلك أن السمع هو أن يرد دليل شرعي متراعيا عن دليل شرعي مقتضيا خلافه . والمفهوم ليس بدليل شرعي فليقتل ، فإنه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مساعة (قوله بقوله تعالى - فاصفع الصفع الجميل -) أقول : هذه الآية الشريفة قسرة الجبر (قوله بقوله تعالى - ادع إلى سبيل ربك - الآية) أقول : هذه الآية الشريفة في سورة النحل (قوله ثم أمر بالبدعة بالقتال الخ) أقول : ضائف لقوله فيما سبق ، فإن الدلائل القطعية كالباب ليس فيها ما يدل على ذلك ، ولا يبعد أن يقال للدلائل تدل على بقاء مدة بقاء الأمة ، وليس فيها ما يدل على بقائها إلى يوم القيامة ، بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليقتل . والأوجه أن يقال : مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة دواما لا يمتدح السمع فيكون معني قوله ليس فيها ما يدل على ذلك : أي على باب السمع فتأمل (قوله فقال - وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة -) أقول : هذه الآية الشريفة في سورة الأنفال (قوله - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله -) أقول : هذه الآية الشريفة في سورة التوبة .

(ولا يجب الجهاد على صبي) لأن الصبا مظنة الرحمة (ولا عبد ولا امرأة تقدم حق المولى والزوج) ولا أحمى ولا تمتد ولا أقطع لعجزهم ، فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن المولى) لأنه صار فرض عين . وملك البين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم ، بخلاف ما قبل التغير لأن بغيرهما مقتضا فلا ضرورة إلى

لأعموم المكلفين ، لأنه إنما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد إطلاق العمومات في بداعتهم وعلمها خلافا لما نقل عن الثوري . والزمان الخاص كالأشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ، ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى : فإن قاتلوكم فاقتلوهم . فإنه لا يثنى عليه نسخه . وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » الحديث يوجب أن نبذأهم بأذى تأمل ، وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذى الحجة إلى آخر الحرم أو إلى شهر . وقد يستدل على نسخ الحرم في الأشهر الحرم بقوله تعالى : اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم . وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ، ولا شك أنه كثر الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبي) البع الوجه الظاهر أن يقال لأنه غير مكلف . وفي الصحيحين عن ابن عمر « مرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يحزني في المقاتلة » الحديث (ولا عبد ولا امرأة تقدم حق المولى والزوج) بإذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه . ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين بإذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة ، فلو تعلق بهما الجهاد لزم إطلاق فعله لهما ، وإطلاعه يستلزم إطلاق ترك حق المولى والزوج ، فلو تعلق بهم لزمه إطلاق حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه ، وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب . وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات للدليل بمقارن وهو العقل ، بخلاف ما إذا صار فرض عين لأن حقوقهم لا تظهر في حق فروض الأعيان . نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ، ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى إذا لم يقاتل في غير التغير العام يأثم لأن طاعتها المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بضاب الرب جل جلاله بذلك ، والفرض انتفاؤه عنهم قبل التغير العام ، وعن هذا حرم الخروج إلى الجهاد وأحد الأيوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا . مع أن في خصوصه أساطير منها في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه ، فقال : أحمى والذاك ؟ قال : نعم ، قال : فففيهما فجاهد » وقدمنا من صحيحه آثقا حديث ابن

وقوله (ولا يجب الجهاد على صبي) ظاهر :

(قال المصنف : ولا يجب الجهاد على صبي) أقول : قال الإنفاقي : أما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لأنه مرفوع القلم ، ولأن طاعة أبويه واجبة عليه ، فلا ترك بما ليس بواجب التمسك . ولا يثنى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم ، إلا أن يقال : مراده بالصبي ما به البالغ الذي له أرباب : فأنى أنه مرفوع القلم إن كان غير بالغ ، وإن كان بالنا طاعة أبويه واجبة متينة عليه والجهاد ليس بواجب مشين عليه فليتأمل (قال المصنف : ولا عيه ولا امرأة تقدم حق الزوج واليه) أقول : فيه أن الدليل خاص بمن له زوج ، والتظاهر أن المصنف عام فليتأمل .

إبطال حق المولى والزواج (ويكره الجعل مادام للمسلمين في) لأنه يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال معد لنواب المسلمين . قال (فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوى بعضهم بعضاً) لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى ، يؤيده « أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعاً من صفوان » وعمر رضي الله عنه كان يغزى الأعزب عن ذى الحليلة ، ويعطى الشاخص فرس القاعد .

مسعود وقدم فيه برّ الولدين على الجهاد . وفي سنن أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جئت أبأبئك على الحجر وتركت أبوى يبيكيان » فقال : أرجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما » وفيه عن الخدرى « أن رجلاً هاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن ، فقال : هل لك أحد باليمن ؟ قال : أبوى ، قال : أذنالك ، قال : لا ، قال : فارجع فاستأذنها ، فإن أذنالك فجاهد ولا فبرهما » وأما الأعمى والأقطع فقال تعالى - ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج - وقال تعالى - ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله - والمقدد الأعرج ، قاله في ديوان الأدب (قوله ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوى بعضهم بعضاً بالسلح والكرع وغير ذلك من الثقة والزراد (مادام للمسلمين في) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية ، وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمه (لأنه لا ضرورة إليه ومال بيت المال معد لنواب المسلمين) وهذا وجه يجب ثبوت الكراهة على الإمام بخصوصه ، والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الأجرة ، وحقيقة أخذ الأجرة على الطاعة حرام لما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي وعلى الإمام كراهة تسببه في المكروه ، وحقيقة الجعل ما يجلب للإنسان في مقابلة شيء يفعله . واعلم أن مقتضى النظر أن الثقة يجب في مال الغازي لأنه أمور عبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالسليح ، وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الإمام إنما هو إذا لم يقدروا على الجهاد فاضلاً عن حاجتهم وعيالمهم وإن كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام ، وأما إذا لم يكن في بيت المال في لا يكره أن يكلف الإمام الناس ذلك على نسبة عدل (لأن دفع الضرر الأعلى) وهو تعدى شر الكفار إلى المسلمين (بإلحاق) (الضرر الأدنى) واستأنس المصنف لهذا بأنه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعاً من صفوان) بن أمية (وبأن عمر كان يغزى الأعزب عن ذى الحليلة ، ويعطى الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلا شك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدرعاً عند خروجه إلى حنين . ففي سيرة ابن إسحاق أربع مائة درع ، وكان صفوان إذ ذاك

وقوله (ويكره الجعل مادام للمسلمين في) (أراد بالجعل ما يضره الإمام لفظة على الناس بما يتقوى به الدين يخرجون إلى الجهاد (لأنه يشبه الأجرة) وحقيقة الأجرة حرام لما يشبه الأجرة يكون مكروهاً . وقوله (يغزى الأعزب) يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدو . ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له . وجاء في الحديث « وهو شاب أعزب » والشاخص الذهاب من بلد إلى بلد ، والله أعلم .

(قال المصنف : ويكره الجعل الباطل) أقول : قال الإجماع : متى إذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من البنية انتهى . وصوابه من أني لأن مال البنية الموجود في بيت المال يصرّف إلى المقاتلة . قال الإمام القرطبي : يكره للإمام ضرب الجعل على الناس لفظة ما دام لم فيه لأن فيه شبه الأجر ، وإن لم يكن فلا بأس بملكه (لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعاً من صفوان من غير غنية نفسه) وللإمام ذلك بشرط الضمان ، فإذا زالت الحاجة يرد إن كان قائماً ، وإلا فقيمه إلا إذا صار في بيت المال ، والأول أن يوزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لأنه لمصلحة المسلمين انتهى (قوله على الناس بما يتقوى به الباطل) أقول : أي حاكاً بما يتقوى أو مكلفاً بما يتقوى .

(باب كيفية القتال)

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما و أن النبي عليه الصلاة والسلام

على شركه ، فإنه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم : سيرتك أربعة أشهر ، ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك ، فقال : يا محمد أغضبنا ؟ قال : لا بل عارية مضمونة ، فبعتها ثم استحمله إياها فحملها على مائتي بعير : وفي مسند أحمد قال : فضايع بعضها ، فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمها ، فقال : لا أنا اليوم في الإسلام أرغب : وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ، ولا يفيد ذلك إلا بالالتزام ، فإن ما يفعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمه لهم من بيت المال ، نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل إلى الجهاد إذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعانة من أهل اللمة بشرط الضمان لهم . وأما ما عن عمر فظاهر فيه لأن معنى يغزيه عنه ليس إلا أنه يأخذ للجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال . وأما قوله يعطى الشخص فرس القاعد قصير في الحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزي عن ذى الحليّة ، وليس فيه أمر الفرس . وروى ابن أبي شبة : حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي عجلان قال : كان عمر يغزي العرب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر .

(باب كيفية القتال)

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله ، وفعله على حد محدود شرعاً فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (وإذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفاً على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واور استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به (أو حصناً) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى مافى جوفه (دعوهم إلى الإسلام) فإن لم يتابعهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب ، لأنه

(باب كيفية القتال)

لما كان الأمر الأول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفية المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محصى محرز لا يتوصل إلى مافى جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم إلى الإسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوماً بأنهم الدعوة أو لم تبلغهم ، فإن كان الثاني لا يخل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى - وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا - وإن كان الأول فالأفضل ذلك ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم إذا قاتل قوماً من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة ، وإذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال .

(باب كيفية القتال)

(قال المصنف : دعوهم إلى الإسلام) هذا في حق من تبلفه الرسالة ، وإلا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضاً في مبسوط الإمام الرضى ولا استدراك لا يخلو على المتأمل في مساق الكلام ، فإن الترض ههنا بيان أنهم إذا دخلوا دار الحرب دعوهم إلى الإسلام ، فإن قبلوه كفوا عن قتالهم وإلا دعوهم إلى الجزية ، فإن بدلوه كفوا أيضاً ولا يقاتلوه ، ولم يعلم منه أنه ذلك بطريق الأدب

ماقاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام ، قال (فإن أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » الحديث .

صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الأجناد ، فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخارى من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه . وألفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى وبين معه من المسلمين خيرا ، ثم قال : أغزوا باسم الله في سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ولا تغلروا ولا تقتلوا وليدا ، وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أوخلال ، فإتين ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ، ثم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم أن فعلوا ذلك أن لهم ماله المهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين ، فإن أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في الفتي والغنيمة نصيب إلا أن يهادنوا مع المسلمين ، فإن هم أبوا فأسلموا بغزوة ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم ، وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ، ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم إن تغفروا ذمتكم وذمة أصحابكم غير من أن تغفروا ذمة الله وذمة نبيه ، وإذا أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنكم لا تنزى أصبت حكم الله فيهم أم لا ، ثم أقصروا فيهم بعد ما شتمتم » وفي الأحاديث في ذلك كثرة ، وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع ، ولأن بالدعوة يعملون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبى عيالهم فرما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلاء . وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ماقاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رواه الحاكم وصححه ، ولو قاتلهم قبل الدعوة أموا ، ولكن لأغرامة بما أتلوا من نفس ولأمال من دية ولاضمان لأن مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان : وذلك لانتفاء العاصم وهو الإسلام والإحراز بدار الإسلام . وفي المحيط : بلوغ الدعوة حقيقة أوحكاما بأن استفاض شرقا وغربا أنهم إلى ما ذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها انتهى . ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الأمر فيجب أن اللسان عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فإذا كانت بلغتهم لا يجب ولكن يستحب . أما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف : كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب لي : إما كان ذلك أول الإسلام « قد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وأنهم هم سقى على الماء ، فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث » حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش . وروى أبو داود وغيره عن أسامة بن زيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد إليه فقال : أفرع لي أبني صباحا وحرقت » والغارة لا تكون مع دعوة ، وأبني بوزن حبل موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ، ويقال يبني بياء مضمومة آخر الحروف ، وقيل اسم قبيلة . وأما وقوله (كفوا عن قتالهم) أى امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكيف لازم ومتعد .

أو التنب أو الوجوب فيه أنه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقال (قال المصنف : حتى يقولوا لا إله إلا الله) أقول : فإن قيل لا يمكن قول لا إله إلا الله ، بل لابد من ذكر محمد رسول الله . قلنا : بغزوة الأولى صار ملما لمجموع ، كما يقال قربت - قل هو الله أحد - صرح به الكرماني في شرح البخارى .

(وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ، ولأنه أحد ما ينهى به القتال على مناطق به النص ، وهذا في حق من تقبل منه الجزية ، ومن لا تقبل منه كالمزديين وعبيدة الأوثان من العرب لافائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى : تقتاتلونهم أو يسلمون - (فإن بذلوا فلهم بالمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين) لقول على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه فى القرآن ، والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبأه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصية أمراء الأجناد : فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، وألهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي اللراى فلعلمهم يجيبون فنكنى مؤنة القتال ، ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للهى ، ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار قتل التسوان والصبيان (ويستحب أن يدعوهم بلفظه الدعوة) بمبالغة فى الإنذار ، ولا يجب ذلك لأنه صبح « أن النبي عليه الصلاة والسلام أغار على بنى المصطلق وهم غارون . وعهد إلى أسامة رضى الله عنه أن يغير على أبى صباحا ثم يحرق » والغارة لا تكون بدعوة .

الاستحباب فلأن التكرار قد يبدى المقصود فينعلم الضرر الأعلى ، وقيد هذا الاستحباب بأن لا يتضمن ضررا بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يمتثلون أو يتحصنون ، وغلبة الظن فى ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعالم بل هو المراد ، وإذا فحقيقته يتميز الوقوف عليها ، فإن أجاب المدعو أو غيره إلى الإسلام فلا إشكال ، والحديث المشهور جعله غاية الأمر بالقتال حيث قال « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » (وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الأجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولأنه أحد ما ينهى به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى قوله سبحانه - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - وهذا إن لم يكونوا مزديين ولا مشركى العرب ، فإن هؤلاء لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف على ما سيوضح (فإن بذلوا) أى قبلوا (وكذا هو المراد بالإعطاء المذكور فى القرآن) بالإجماع ، وقد قال "على" : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا . والأحاديث فى هذا كثيرة ، بل هو من الضروريات ،

وقوله (على ما نطق به النص) يريد قوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى قوله - حتى يعطوا الجزية عن يد - قوله وهذا فى حق من تقبل منه الجزية (ظاهر . قوله فنكنى) بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثانى (قوله للهى) إشارة إلى ماروى « أنه صلى الله عليه وسلم بعث عليا فى سرية ، وقال : لا تقتاتلهم حتى تدعوهم إلى الإسلام » . وقوله (لعدم العاصم) أى الموجب للغرامة (وهو الدين) على مذهب الشافعى (أو الإحراز بالدار) على مذهبه . وقوله (بمبالغة فى الإنذار) لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قاتل قوما من المشركين دعا ثم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه . وقوله (أغار على بنى المصطلق) أى أخرجه من خيبتهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أى غافلون (وأبى على وزن حيل موضع بالشام ، وقيل اسم قبيلة) والغارة لا تكون بدعوة (لأن فيها ستر الأمر والإسراع ، لأنها اسم مصدر للإغارة التى هى مصدر أغار الشعب أو الفرس إغارة وغارة : إذا أسرع فى العدو .

(قال المصنف : والمراد بالهبل القبول) أقول : بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب (قال المصنف : أثم للهى) أقول : يحتمل أن يكون بناء على أن الأمر بالنهى عن عبادة قتلى عن عبادة قتلى (قال المصنف : وعهد إلى أسامة أن يغير على أبى صباحا) أقول : أبى بالغم والقصر : اسم موضع من فلسطين بين صقلان والرملة ، وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب ، إذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام إلى بلاد الشام فى حياته

قال (فإن أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سلمان بن بريدة « فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية ، إلى أن قال : فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقتلهم » ، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور : قال (ونصبوا عليهم الخباثين) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة : قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيط بهم وكسرة شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ، (ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ،

ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني ، أنبأنا قيس بن الربيع الأسدي عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبي الجنوب قال : قال عليّ من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديننا وضعف الدارقطني أبا الجنوب (قوله فإن أبوا ذلك استعانوا بالله تعالى وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سلمان بن بريدة « فإن أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقتلهم ») وتقدم الحديث بعوله والكلام عليه . والمدمر المهلك (فيستعان بالله في كل الأمور ، ونصبوا عليهم الخباثين كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف) على ما في الترمذي مفصلا فإنه قال : قال قتبية : حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف ، قلت : لو كيع : من هذا الرجل ؟ فقال : صاحبكم عمر ابن هارون . ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا ، وكذا رواه ابن سعد في الطبقات ، وزاد أربعين يوما . وذكره الواقدي في المغازي ، وذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي (وحرقوهم) لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال : وحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة : يعني أن البويرة اسم لنخل بني النضير ، ولها يقول حسان بن ثابت :

وهنا على شراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير

ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيعملون ما يمتكهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع ، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك ، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح بادكره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيع إلا لها (قوله ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) بل ولوترسوا بأسارى المسلمين وصبياتهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك إلا أنه لا يقصد برميهم إلا الكفار ، فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة ، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز

وقوله (البويرة) على وزن البويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان . وقوله (وإن كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) رد لما قاله الحسن بن زياد أنه إذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ؛ ألا يرى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقتلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام) أي جمجمة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعام وغيرها ، لأن البيضة مجتمع الولد (وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص) وإذا

(قال المصنف : لأن في الرمي الخ) أقول : هذا تعليل لمراقبة المنصوص الثلاثة على تحريم دم المسلم بترحق فكيف يصح . فإن قيل : ذلك المنصوص قد خص منها قاطع الطريق والياغي . قلنا : ممنوع بل منسوخة في حقهما ، وأيضا هذا إنما يصح إذا علم أننا أوتركناهم استولوا على ديار المسلمين ، والذمي عام ليس له خصوص ، والألزام من هذا التعليل هو جواز الرمي .

ولأنه قلباً يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وإن ترسوا بصبيان المسلمين أو بالأشبارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (ويقصدون بالرعى الكفار) لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن تقصدا والطاعة بحسب الطاقة ، وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض .

رميهم في صورة التترس إلا إذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انزاع المسلمين ، وهو قول الحسن بن زياد ، فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة ، وعند الشافعي فيه الكفارة قولاً واحداً ، وفي الدية قولان . وقال أبو إسحاق : إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلماً أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس في الإسلام دم مفرج » وإن لم يقصده بعينه بل رعى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه . وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ، ألا ترى أن الإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ، ولأن مفصلة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر . وجه الإطلاق أمران

اجتماعاً يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولأنه قلباً يخلو حصن من حصونهم عن مسلم) أسير أو تاجر (فلو امتنع عن الرى) باعتباره لانسد بابه) أي باب الجهاد . وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله لأن في الرى دفع الضرر العام الخ . وقوله (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) يعنى عندنا . وقال الحسن بن زياد ، وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لأن هذا هو عين صورة قتل الخطأ لأنه يقصد بالرعى الكافر فيصيب المسلم . والجواب أنه إذا كان عالماً بحقيقة حال من يصيبه عند الرى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحاً محضاً ، ولا دية ولا كفارة فيه . ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لأن الفرض مأمور به لأحالة ، وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينهما منافاة . فإن قيل : هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الإسلام دم مفرج ، أي مهذر ، والتعليل في مقابلة النص باطل . أجيب بأنه عام يخص منه البيعة وقطاع الطريق فتخصص صورة النزاع بما قلناه ، وفيه نظر لأن القرآن شرط وهو ممنوع وأقول : قوله عليه الصلاة والسلام « ليس في الإسلام » معناه في دار الإسلام ، وما نحن فيه ليس بدار الإسلام

(قال المصنف : ولأنه قلباً يخلو ، إلى قوله : لانسد بابه) أقول : وفيه نظر ، فإن ابن زياد إنما لم يجوز الرى إذا علم أن فيه مسلماً وحلم أنه يقتل بهذا الصنع ، ولا شك في أن العلم بما لو كان لكان في نهاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد ؟ قال المصنف : وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) أقول : قوله تعالى - كتب عليكم القتلى - الآية يوجب القتل إذا أصابوا منهم هذا ، وقوله تعالى - من قتل مؤمناً خطأ فتصريح برؤية مؤمنة - الآية يوجب الكفارة ، والدية إذا كانت الإصابة خطأ والتعليل في مقابلتها ينهى أن لا يقتل في الوجه (قوله والجواب أنه إذا كان الخ) أقول : فيه نظر لأنه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرعى الكفار وجعلنا ليراد من العلم حقيقة ، ولم يقل أحد بأن عدم العلم بالصواب شرط في تحقق الخطأ ، فإنهم قالوا الخطأ لو عين : خطأ في القصد وهو أن يرى شخصاً يقتله صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حرياً فإذا هو مسلم ، وخطأ في القتل وهو أن يرى حرياً فيصيب آدمياً ، ولا شك أن ما نحن فيه هذا التعليل ، ولو كان كما قال أبو زرعة أن من رأى إنساناً وعلمه ثم رعى حرياً غير قاصد ذلك الإنسان فأصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا أن الجهاد فرض ، إلى قوله : منى عنه) أقول : منقوض بأكل مال الغير حالة الخصومة ، فإنه ليس عدواناً منها مع أنه سبب للغرامات . والجواب بأنه مرضى وهو منهى عنه في الأصل لا يفيده لأن قتل المسلم أيضاً كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الإسلام) أقول : يرد عليه ما لو كانوا بدار الإسلام وترسوا فقله لا يخلو إما أن يكون الحكم واحداً أو لا ، فإن كان الأول فظاهر ، وإن كان الثاني فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لأن في الرى دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل . ويمكن أن يجاب عنه بأنهم إنما يمكنهم التترس إذا كانوا في المدينة وغيرها ، أما إذا كانوا في الصحراء فلا إمكان المجموع عليهم ومصلحتهم فلا يمكنهم ذلك ، لكن لا يتأتى هذا فيما إذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الإسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبي حنيفة ، ثم يقال الحليف خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه .

بمخلاف حالة المحمصة لأنه لا يمنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه . أما الجهاد فبني على إتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان :

الأول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ، ولو اعتبر هذا المعنى انسداد باب ، لأن حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه ، وصار كريمهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعا مع العلم بوجود من لا يميل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع ، غير أن الواجب أن لا يقصد بالرى إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام ، بخلاف ما إذا لم يفترض وهو ما إذا فتحت البلدة . قال محمد : إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يميل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذي ، إلا أنه قال : ولو أخرج واحدا من عرض الناس حل إذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذلك فصار في كون المسلم في الباقيين شك ، بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذي فيهم معلوم بالفرض وقوع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذنب عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب ، ثم إن المصنف أحال وجه مسئلة الترس على وجهي مسئلة ما إذا كان فيه أسير مسلم حينئذ أو تاجر . وقد يقال إن سلم أنه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير ، فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره مانعا فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن أن يتسروا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهدار لحمة الرى ، فإن المشاهدة نفته فوجب أن يتقيد بما إذا لم يكن طريقا إلى قتل المسلم غالبا . وأما قوله إنه دفع الضرر العام بإلحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانزاه المسلمين لولم يرم وحل الرى عند ذلك لم يتقيد به . واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذنب عن بيضة الإسلام : أى مجتمعهم ، وإن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل ، ويتقديده هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم في غالب الظن ، وإنما يكون الضرر العام مقدما على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها . فإن قيل : فلم لم يرم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام : ليس في الإسلام دم مفرج ، أى مهلر ، أوجب بأنه عام مخصوص بالبيعة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى ، وهو ما ذكر من قوله لأن الفروض لا تقرن بالفراغات كما ذكرنا فيما لو مات من عزه القاضي أو حده أنه لادية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة ولا امتنع عن الإقامة (بخلاف) المضطر (حالة المحمصة لأنه لا يمنع)

عن الأكمل (مخافة الضمان لأن في الامتناع هلاك نفسه والضممان أعنف عليه من هلاكها فلا تمتنع) أما الجهاد فبني على إتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان وقوله (بخلاف حالة المحمصة) جواب عما قاس عليه الحسن ، وقال : إطلاق الرى لضرورة إقامة الجهاد لا يبنى الضمان كتناول مال الغير حالة المحمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان . وتقرير الجواب أن الجامع يقدم على التناول عند دفع الخطر وإن كان فيه ضمان (لما فيه من إحياء نفسه) . وهو منفعة عظيمة يتحمل سببها ضرر الضمان (أما الجهاد فبني على إتلاف النفس) أى نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم ، فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذى هو فرض وذلك لا يجوز ، كما لا يجوز لإيجاب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزانى البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن قتل القضاء ، ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبنى على إتلاف النفس مطلقا لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل ، فلو أُلزمت الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين ، بخلاف ما إذا لم يضمن . وقوله (حذار الضمان) منصوب على المفعول له .

(قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال إطلاق الرى لضرورة الخ) أقول : الظاهر أن هذا الكلام إلزامي ، وإلا فالحسن لا يجوز الرى فتأمل .

قال (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكرياً عظمياً يؤمن عليه) لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمحقق (ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها) لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فلهم يستخفون بها مفايلة للمسلمين ، وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو » . ولو دخل مسلم إليهم بأمان لأبأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يفنون بالمهد لأن الظاهر عدم التعرض ، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة ، فأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ،

فلم يكن فرضاً ، فهو كالمباح بتقييد بشرط السلامة كالمروور في الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين اقتراف الجهاد في بني الضبيان (قوله ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكرياً عظمياً يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمحقق ، ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها) فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف (منهم لها . قال المصنف (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ») وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذي ، من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر . وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الإسلام عن أبي الحسن القمي والصدور الشهيد عن الطحاوي أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كي لا يتقطع عن أيدي الناس ، وأما اليوم فلا يكره : أما التأويل الصحيح لما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث ، فإن أبا داود وابن ماجه زادوا بعد قوله إلى أرض العدو ، قال مالك : أرى ذلك مخافة أن يناله العدو . والحق أنها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن البيهقي عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه كان ينهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو » ويخاف أن يناله العدو ، وأخرجه مسلم عن أيوب السخيتي عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو » وفي رواية لمسلم « في أرض أخاف » قلنا حكم القرطبي والنووي بأنها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلطوا من زعم أنها من قول مالك ، وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك في سماعه إياها . وفي فتاوى قاضيخان : قال أبو حنيفة : أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف . وفي المبسوط : السرية حدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى . وكأن المراد من شأنهم ذلك وإلا فقد لا يكتفون ، وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير ليلاً فكان الأولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ، ويكره إخراجهم فيما ليس كذلك ، فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية طرفة كبيرة ليست مناسبة ، والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم ، وينبغي كونه اثني عشر ألفاً لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة » وهو أكثر ما روى فيه هذا باعتباره أحوط ، وهذا ظاهر مذهبنا ، ومذهب الشافعي ومذهب مالك إطلاق المنع أخذاً بإطلاق الحديث . قال القرطبي : لا فرق بين

وقوله (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف) كلامهما واضح سوى ما نفيه عليه . السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه : أقل السرية مائة . وقال محمد في السير الكبير : أفضل ما يبيت في السرية أذناه ثلاثة ، ولو بحث بما دونه جاز . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه : أقل السرية أربعمائة ، وأقل الجيش أربعة آلاف . وقوله (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ») رواه ابن عمر ، وأما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قال أبو الحسن القمي : انتهى كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف ، وكذا روى عن الطحاوي .

ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند ضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والحلمة ، فإن كانوا لا يد مخرجين فيالإماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده) لما بينا (إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبئ للمسلمين أن لا يقبلوا ولا يغفلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تغفلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا » والغفل : السرقه من الغفم ، والغدر : الخيانة ونقض العهد ،

الجيش والسرايا عملا بإطلاق النص ، وهو وإن كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فسيانته وسقوطه ليس بنادر ، وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم ، والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه ، وذلك أن حملة لا يكون إلا بمن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ، ذكره في المحيط معزوا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى ، ثم الأولى في إخراج النساء المعجائر للعب والمداواة والسق دون الشواب ، ولو احتجج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر (ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة) وقد قاتلت أم سلم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال « لمقامها خير من مقام فلان وفلان » يعني بعض المنهزمين (قوله ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا من تقدم حتى الزوج والمولى (إلا أن يهجم العدو) على ما تقدم (قوله وينبئ للمسلمين) أى يحرم عليهم أن يقبلوا أو يغفلوا أو يمثلوا ، والغفل السرقه من الغنيمة . والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تغفلوا ») تقدم في حديث بريدة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تمثلوا » أى المثلة ، يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن مثل ومثله إذا سؤدت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ، ذكره في الفائق . وقول المصنف (والمثلة المروية في قصة العريين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) وقد اختار العلماء في ذلك ، فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العريين قال : فحدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود ، وفي لفظ للبيهقي قال أنس : وما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة إلا نهى فيها عن المثلة . وقال أبو الفتح اليممرى في سيرته : من الناس من أبى ذلك ، إلى أن قال : وليس فيها معنى آية الحراية أكثر مما يشعر به لفظه إنما من الاختصار في حد الحراية على ماقى الآية : وأما من زاد على الحراية جنائيات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم « أنهم قطعوا يد الراضى ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات » فليس في الآية ما يمنع من التغليب عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة ، والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء ، وقد جاء في صحيح مسلم « إنما سمى النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لأنهم عملوا أعين الرعاء » ولأن شخصا جنى على قوم جنائيات في أعضاء متعددة فاقطعت منة لما كان التشويه الذى حصل له من المثلة . وقال : ذكر البغوى في سبب نزولها : معنى آية الجزاء سببا آخر ، وإذا اختلفت في سبب نزول الآية الأقوال وتطرق إليها الاحتمال فلا نسح : وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ ، والمثلة بمن استحق القتل لاعتق مثلة لا تحمل لا أنها منسوخة لأنها لم

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله في الباب السابق لتقدم حتى المولى والزواج . وقوله (إلا أن يهجم) استثناء من قوله لا تقاتل : يعنى عند الضرورة يقاتلون لأن الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حتى المولى والزواج عنده .

(قال المصنف : ولا تقاتل المرأة (الخ) أقول : الظاهر أن هذا مستعرك ، إذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة بإذن زوجها أو لا . والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه ، وهذا من كلام المصنف .

والثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المتقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى لأن المبيع للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ، ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف . والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والأعمى

تشرع أولا لأن ما وقع للعريين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ، ولا شك أن قوله « لا تملأوا » على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخرا عن مثله العريين فظاهر نسخها أو لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والحرم قول فيتقدم المحرم ، وكلما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الآخر ، ورواية أنس صريح فيه . وأما من جنى على جماعة جنابات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذن رجل وفقاً عين آخر وقطع يده آخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه ، لكنه يجب أن يستأق بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل مثلاً به : أي مثله ضمناً لا قصداً ، وإنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله ، فقتضى التسع أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ، ثم لا يفتن أن هذا بعد الظفر والنصر ، أما قبل ذلك فلا بأس به إذا وقع قتالا كبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقا عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج السنة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما « أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فهني عن قتل النساء والصبيا » . وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله ، لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صبغرا ولا امرأة ، ولا تغلوا وضموا غنائكم وأصباحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين » وفيه بخالده بن الفرز ، قال ابن معين : ليس بذلك ، وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتلوا الشيوخ المشركين واستبقوا شرحهم » ، فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفاني ، فإن المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص . نعم يعارض ظاهرا بما أخرج السنة عن الصعب بن جثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم ، فقال عليه الصلاة والسلام : هم منهم . وفي لفظ « هم من آبائهم » فيجب دفعاً للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون ، وذلك أنه فيه ضرورة عدم العلم والقصد إلى الصغار بأنفسهم ، لأن التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى عرفنا بالكيسة ، وما الظن إلا أن حرمة قتل النساء والصبيا إجماع . وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن الرقيع بن صبي : حدثني أبي عن جده رباح بن الربيع بن صبي قال « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة ، فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعت رجلا

وقوله (والثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلاً ومثله إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك ، وقصة مثله العريين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر . روى عمران بن الحصين « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مقام فينا خطيباً بعد مامثل بالعريين إلا كان يثنا على الصلوة وينها عن المثلة » فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة . وقوله (ولا شيخا فانيا) قال في البخيرة : هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصباح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الإحवाल ولا يكون من أهل الرأي والتدبير ، أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل لأنه يقتاله محارب وبصياحه محرّض على القتال وبالإحवाल يكبر المحارب ،

لأن المبيع عنده الكفر والحجة عليه ما بينا ، وقد صحح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والنراى » وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال : هاهـ . ما كانت هذه تقاتل فلم تقاتل ؟ قال (لا) أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى في الحرب أو تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها إلى العباد ، وكذا يقتل من

فقال : انظر علام اجتمع هؤلاء ؟ فجاء رجل فقال : امرأة قتيل ، فقال : ما كانت هذه تقاتل ، وعلى المقدمة خالد بن الوليد ، فبعت رجلاً فقال : قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا ، وأخرجها النساء أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع ، وكذا أحمد في مسنده وابن جبان في صحيحه والحاكم في المستدرک ، وفي لفظه فقال : هاهـ ما كانت هذه تقاتل ثم قال : وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين . وهاهـ كلمة زجر ، والهاهـ الثانية للسكت . وإذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله وما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه ملعون بالخربة فزعم قتل ما كان مظنة له ، بخلاف ما ليس إياه ، وبمنع قتل النساء والصبيان أو يابس انشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى ، وإلا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أى على الشافعي (ما بيناه) يعنى من عدم قتل يابس الشق ، لكن هذا الإلزام على أحد القولين له ، فإنه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعيمان والضعفاء والزمنى ومقطوعى الأيدي والأرجل قولان : في قول يجوز قتلهم ، وبه قال أحدان رواية لعموم . اقتلوا المشركين - وروى عنه عليه الصلاة والسلام « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرهم » ولأنهم كفار والكفر مبيع للقتل . وفي قول لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكرنا ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني . قال : والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه . وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال : « لا تقتلوا ولدان ولا نساء ولا شيوخ » الخبر انتهى . وأنت تعلم أن قوله تعالى - اقتلوا المشركين - عام مخصوص بالذئب والنساء والصبيان ، فجاز تخصيص الشيخ الفاني ، ومن ذكر المصنف بالقياص لو لم يكن فيهم خير فكيف وفيهم ماحضة ، بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما ترجع إليه . وأما حديث الشيوخ فنقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ، ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرناه على أصولهم . وأما قول المصنف (صحح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والنراى) فالمراد بالنراى النساء من اسم السبب في المسبب . قال في العرنيين : وفي الحديث « لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا » أى امرأة ولا أجرا ، ثم المراد بالشيخ الفاني الذى لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصباح عند التقاء الصفيين ولا على الإحبال لأنه يحمى منه الولد فيكثر محارب المسلمين ، ذكره في النخبة . وذكر الشيخ أبو بكر الرازى في كتاب المرتد من شرح الطحاوى أنه إذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله إذا ارتد ، والذى لا تقتله الشيخ الفاني الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حيثئذ يكون بمنزلة الجنون فلا تقتله ولا إذا ارتد . قال : وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا إذا ارتدوا اهـ . ولا تقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ، ونقتل أقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين وإن لم يقاتل (قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ، ولا خلاف في هذا لأحد ،

وقوله (لأن المبيع عنده) أى للقتال هو (الكفر) وعندنا هو الخراب . وقوله (ما بينا) إشارة إلى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج . قيل والمراد بالنراى هنا النساء . وقوله (هاهـ) كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاهـ السكت) قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى في الحرب) لما صحح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قاتل من هؤلاء دفعا لشرة ، ولأن القتال مبيح حقيقة (ولا يقتل مجنونا) لأنه غير مخاطب إلا أن يقتل فيقتل دفعا لشرة ، غير أن الصبي المجنون يقتلن ماداما يقتلان ، وغيرهما لأبأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يمن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا - ولأنه يجب عليه إحياءه بالإتفاق فيناقضه الإطلاق في إفتائه (فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم ، وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لأبأس به لأن مقصوده الدفع ، ألا ترى أنه لو شرب الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله بقتله لما بينا بهذا أولى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

وصبح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر وقد عصى لما جرى به في جيش هوازن للرأى ، وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (إلا أن الصبي والمجنون يقتلن في حال قتلهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فلأنهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر ، والمرأة الملكة تقتل وإن لم تقاتل ، وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك ، لأن في قتل الملك كسر شوكتهم . وفي السير الكبير : لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكتائس الذين لا يخاطبون الناس ، فإن خالفوا قتلوا كالقسيسين ، والذي يمن ويفيق يقتل في حال إفاقته وإن لم يقتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أو جدّه أو أمه إذا قاتلت أو جدته (بالقتل لقوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا -) نزلت في الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى - وإن جاهدك على أن تشرك في ما ليس لك به علم - الآية (ولأنه يجب عليه الإتفاق لإحيائه فيناقضه الإطلاق في إفتائه ، فإن أدركه أى أدرك الأب الابن ليقتله والابن قادر على قتله) امتنع (الابن) على الأب) بغير القتل بل بشله بالمحاولة بأن يعرق فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه إلى مكان ، ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لأنه يعبر حربا علينا بل باجته إلى أن يفعل ما ذكرنا ولا يدعه أن يهرب إلى أن يجمي من يقتله ، فاما إن لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه إلا بالقتل فليقتله ، لأنه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا للدفع شره فهنا أولى ، ولو كان في سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت ، وينبغي أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك . ولا يكره للأب قتل ابنه المشرك ، وكذا سائر القربايات عندنا كالعم وأخوال يباح قتلهم ، ولا مناقضة

قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة « وفي رواية ابن مائة وستين سنة » لأنه كان صاحب رأى (قوله فهو في حال إفاقته كالصحيح) يعنى يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل ، لكنه إنما يقتل في حال إفاقته لأنه ممن يقاتل ومخاطب (قوله امتنع عليه) أى يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن مقصوده الدفع ، والله أعلم .

(قال المصنف : لقوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا -) أقول : قد سبق في كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الإتفاق على الأبوين الحربيين وإن كانا مسلمين ، وصرح الشراح أن قوله تعالى - وصاحبهما - الآية مخصوص بأهل اللفة دفعا لمتعارض فاعلم في جوابه (قال المصنف : ولأنه يجب عليه إحياء) أقول : ولا يرد التنقيص بالابن فإنه ليس كالأب ، وإن شئت بزيد التفصيل فارجع إلى غاية البيان في كتاب المفقود ومر في النفقة أيضا .

(باب الموادة ومن يجوز أمانه)

(وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى - وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله - وواعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ، ولأن الموادة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين لأن المقصود وهو لأن نفقة ذوى الأرحام عندنا لا تجب إلا للمسلمين منهم ، بخلاف القرايات البغاة يكره أن يثدثهم كالأب ، وأما في الرجم إذا كان الابن أحد الشهود فيثدث بالرجم ولا يقصد قتله بأن يوميه مثلاً بحصاة ، والله الموفق .

(باب الموادة ومن يجوز أمانه)

الموادة المسألة ، وهو جهاد معنى لاصورة ، فأخره عن الجهاد صورة ومعنى ، وما قيل لأنه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضى سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي من لم توجد منه أصلاً وثابت على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره وإلا كان تكليفاً بالحال (قوله وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى - وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله -) والآية وإن كانت مطلقة لكن لإجماع الفقهاء على تقيدها بروية مصلحة للمسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى - ولا تنهوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون - فأما إذا لم يكن في الموادة مصلحة فلا يجوز بالإجماع . وفي السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ، ومنه قوله تعالى - وألقوا إليكم السلم - ومقتضى الأصول أنها إما منسوخة إن كانت الثانية بعدها : أى نسخ الإطلاق وتقيدها بحالة المصلحة ، أو المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة إن لم يعلم ثم ترجع مقتضى المنع . أعنى آية - ولا تنهوا - كما هو القاعدة في تقديم المحرم .

(باب الموادة ومن يجوز أمانه)

والموادة المصالحة ، وسميت بها لأنها متاركة وهي من الودع وهو الترك ، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة (قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بأن قوله تعالى - وإن جنحوا للسلم - ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفاً للمدعى . وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى - ولا تنهوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون - وبدليل الآيات المرجية للقتال وللإلزام التناقض لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف لموجب الأمر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما

(باب الموادة ومن يجوز أمانه)

(قوله وأجيب بأن هذه الآية الشريفة إلى قوله - وأنتم الأعلون -) أقول : فيه بحث لأن المنى عنه في هذه الآية هو البداية بالهجرة إلى السلم من جانب المسلمين ، والمأمور به في الآية السابقة هو اليل إليها إذا مالوا لها أولاً فلا مخالفة بينهما حتى يمل بالمصلحة ويرفع المناقاة ، ولعل التمسى عنه إنما هو لأن فيه إلحاقاً للمدة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى - ولا تنهوا - ثم يمكن أن يقال إن في هذه الآية دلالة على أنه لا يجوز الهجرة إلى السلم إذا كان بهم ضيف ، فإن التمسى يقتضى المشروعية كما بين في علم الأصول (قوله وبدليل الآيات المرجية للقتال) أقول : الآيات الموجبة للقتال مطلوبة للتأخر عن آيات السلم كما صرح به في التلابة ، وأيضا آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة في شأن بني قريظة وهذه نزلت في صورة التبرية ، منها قوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يسطروا الجزية - الآية ، فتكون تلك الآية ناسخة لما فكيف يستدل بها ؟ .

دفع الشر حاصل به ، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى إلى ما زاد عليها ، بخلاف ما إذا لم يكن خيرا لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى

وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازى أنها سنتان ، كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه ، وليس بلازم لأن الحاصل أن أهل النخل يختلفون في ذلك ، فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسل ، ثم قال البيهقي : وقولهما سنتين يريدان بقاء سنتين إلى أن نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم إليهم لفتح مكة ، وأما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد ابن إسحاق وهي عشر سنين هـ . وما ذكره عن ابن إسحاق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتبعه . ورواه أبو داود من حديث محمد بن إسحاق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطالحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ، وعلى أن يئتنا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ولا إغلال . ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطولا بقصة الفتح : حدثنا يزيد بن هارون ، أنبأنا ابن إسحاق فساقه إلى أن قال : على وضع الحرب عشر سنين ، يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض . وكذا رواه الواقدي في المغازي : حدثني ابن أبي سبرة عن إسحاق بن عبد الله بن أبي بردة عن واقد بن عمرو ، فذكر قصة الحديبية إلى أن قال : على وضع الحرب عشر سنين الخ . والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تأتي المعارضة فيجب اعتباره فإن الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قریش العهد حيث أمانوا على خراعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا في مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهرا بأن مراد من قال سنتين أن بقاءه سنتان ، ومن قال عشرا قال إنه مقدمه عشرا كما رواه كذلك فإنه لا تنافي بينهما حيثئذ ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز الموادة (على المدة المذكورة) وهي عشر سنين (لتعدى المعنى) الذي به حلل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فإنه قد يكون بأكثر (بخلاف ما إذا لم تكن) الموادة أو المدة المسماة (خيرا) للمسلمين فإنه لا يجوز (لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى) وما أبيع إلا باعتبار أنه جهاد ، وذلك إنما يتحقق إذا كان خيرا للمسلمين وإلا فهو ترك للأمر به ، وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين ، وإن كان الإمام غير مستظهر وهو قوله الشافعي ، ولقد كان صلح الحديبية مصالح عظيمة ، فإن الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الإسلام بالبين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربهم وغلطوا بهم

ذكرنا بدليل موادة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ما ذكر في الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لأن مدة الموادة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص . وقوله (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر . وقوله (بخلاف ما إذا لم يكن خيرا) حيث لا يجوز للإمام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى . ولا تنهوا وتدعوا إلى السلم . ولأن الموادة ترك للجهاد صورة ومعنى ، أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال ، وأما معنى فلازم لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا . وقوله نبذ إليهم . نبذ الشيء عن يده : طرحه ورى به فهذا

(قوله وقوله بخلاف ما إذا لم يكن خيرا ، إلى قوله . ولا تنهوا - الآية) أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يقال إن هذه الآية الكريمة لا دل على عدم جواز المسألة إذا طهرها منا فكيف يستدل بها (قوله ولأن الموادة ترك للجهاد صورة ومعنى الخ) أقول : فيه بحث .

(وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبد إليهم وقتلهم) لأنه عليه الصلاة والسلام نبد المودعة التي كانت بينه وبين أهل مكة . ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبد جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ، ولا بد من النبد تحمزا عن الغدر وقد قال عليه الصلاة والسلام « في اليهود وفاء لا غدر » ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبد إلى جميعهم ، ويكتفى في ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبد من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفى الغدر . قال (وإن بدعوا بخيانة قاتلهم ولم ينبد إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم) لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ، ولو كانت لهم منعة وقتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى .

(قوله وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبد إليهم) أى إلى إليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع ، قال تعالى - وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء - أى على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك ، لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة ، وهو مثل - إن علمت فيهم خيرا - في الكتابة ، ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا . والإجماع على أنه لا يتقيد بمخطور الخوف لأن المهادنة في الأول ما صحت إلا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع (ولا بد من النبد تحمزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صرح في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص « أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا : من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر » وروى أبو داود والترمذي وصححه : كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر ، فنظروا فإذا هو عمرو بن عبسة ، فأرسل إليه معاوية فسأله فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من كان بينه وبين قوم عهد فلبشده عقده ولا يلحها حتى ينتقض أمدها أو ينبد إليهم على سواء » فرجع معاوية بالناس ، ورواه أحمد وابن خبان وابن أبي شيبة وغيرهم . وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام « وفاء لا غدر » فلم يعرف في كتب الحديث إلا من قول عمرو بن عبسة هذا . وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبد المودعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق أن يجعل دليلا فيما يأتي من قوله (وإن بدعوا بخيانة قاتلهم ولم ينبد إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) وكذا إذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقونهم ومن معهم من اللبري ، إلا أن يكون بإذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ، ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم . وإنما قلنا هذا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدعوا بالغدر قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبد إليهم بل سأل الله تعالى أن يعي عليهم حتى

وينبذ العهد نقضه ، وهو من ذلك لأنه طرح له . وقوله (نبد إليهم) أى بعث إليهم من يعلمهم بتنقض العهد ، وقوله صلى الله عليه وسلم « في اليهود وفاء لا غدر » أى هي وفاء (قوله ولا يبد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى - وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء - أى على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك ، فعرفنا أنه لا يلح قتالهم قبل النبد وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك التحرز عن الغدر .

(قوله وهو من ذلك الخ) أقول : أى النبد بمعنى نقض العهد من النبد بمعنى الطرح .

(وإذا رأى الإمام موادة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لأنه لما جازت الموادة بغير المال فكذلك بالمال ، لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم تكن لا يجوز لما بيننا من قبل ، والمأخوذ من المال يصرف بمصارف الجزية ، هذا إذا لم يزلوا بأسحتهم بل أرسلوا رسولاً لأنه في معنى الجزية ، أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يتقسمها ويقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم) لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في إسلامهم

يختهم ، هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي ، ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن إسحاق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسورين غزوة قالوا : وكان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل ، فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودخلت بنو بكر في عقد قريش ، ففكوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ، ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بما لم يقال له الوتر قريب من مكة ، وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد ، فأعانوا بني بكر بالسلح والكرام وقاتلوا خزاعة معهم ، وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر ، فلما قدم عليه أنشده :

لاهم إلى ناصد محمد حلف أئينا وأبيه الأكملدا
إن قريشا أعطفوك الموعدا ونقضوا ميثاقتك المؤكدا
هم يثرون بالوتر هجلا فقتلونا ركبا ومجدا
فانصر رسول الله نصرا حثدا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نصرت يا عمرو بن سالم ، ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعي على قريش خيرهم حتى يفتحهم في بلادهم . وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وأن أبا بكر قال له : يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة ، قال : ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ؟ ورواه الطبراني من حديث ميمونة ، ورواه ابن أبي شيبة مرسل عن عروة ، ورواه مرسل عن جماعة كثيرين في كتاب المغازي ، وفيه « فقال أبو بكر : يا رسول الله أوم يكن بيننا وبينهم مدة ؟ قال : إنهم غنروا ونقضوا العهد فأنا غار بهم » ثم في النبل لا يكتفي بمجرد إصلاهم ، بل لابد من مضى مدة يتمكن ملهم بعد علمه بالنبل من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، ولا يجوز أن يغير على شئ من بلادهم قبل مضى تلك المدة (قوله وإن رأى الإمام موادة أهل الحرب وأن يأخذ) المسلمون (على ذلك مالا جاز لأنه لما جاز بالمال قبل المال وهو أكثر نفعاً أولى ، إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم تكن فلا يوادعهم لما بيننا من قبل) يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى . قال شارح : ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر : يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال ، وهذا يقتضى أن الموادة تجوز وأخذ ما لم لا يجوز إذا كان مال المسلمين كثيراً غير أنهم ليسوا متأهين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد ، وفي أخذ ما لم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذ هذا المعنى من الجهاد

وقوله (لما بيننا من قبل) يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى . وقوله (إذا لم يزلوا بأسحتهم) أي إذا لم يزل المسلمون يدار الكفار للحرب . وقوله (لأنه مأخوذ بالقهر معنى) يعني فيكون كالمأخوذ قهراً صورة ومعنى ،

(ولا يأخذ عليه مالا) لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبي (ولو أخذه لم يرد) لأنه مال غير معصوم . ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا المودة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنيا وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك ،

لا الأجرة على الترك وباعتباره ، ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول ، أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم قهرا معنى . وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ، ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب وإلا فلا ، لأن فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ، ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا ، قال : يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف ، فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية . وقوله (لما نبي) يعني في باب الجزية (و) مع هذا (لو أخذه لا يرد) عليهم لأن ما لم يؤمنوا لا تقبل من المسلمين إذا ظهروا ، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فينا إلا أنه لا يرد حال الحرب لأنه إعانة لهم (قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا المودة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنيا) أي التقيصة ، ومن ذلك قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجافيا عن الصلح : أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال أبو بكر : بلى ، قال : أولسنا بالمسلمين ؟ قال : بلى ، قال : أو ليسوا بالمشركين ؟ قال : بلى ، قال : فعلام تعطى الدنيا في ديننا ؟ فقال له أبو بكر : أئتم غزوه ، فإني أشهد أنه رسول الله ، فقال عمر : وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . ذكره ابن إسحاق في السير . وفي الحديث : ليس للمؤمن أن يدل نفسه فالعزة خاصية الإيمان ، قال الله تعالى - ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين - (إلا إذا خاف) الإمام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا بأس « لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل إلى عيينة بن حصن الخزاري والحارث بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائداه غطفان وأعطاهما ثلث ثمار المدينة على

وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال . وقوله (لما فيه من إعطاء الدنيا) أي التقيصة . وقوله (إلا إذا خاف الهلاك) يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين ، فحينئذ لا بأس بدفع المال ، لما روى أن المشركين لما أحاطوا بالغندق وصار المسلمون إلى ما أخبر الله عنهم بقوله تعالى - هنالك اجتلب المؤمنون وزلزلوا زلازلا شديدا - بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه في كل سنة ثلث ثمار المدينة ، فأبى إلا النصف ، فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانتصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد وقالوا : يا رسول الله إن كان عن وحى فامض لما أمرت به ، وإن كان رأيا رأيت فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة إلا بشراء أو قري ، فإذا أحرزنا الله بالدين وبعث إلينا رسوله نعطهم المدينة ، لا نعطهم إلا السيف ، فقال عليه الصلاة والسلام : إني رأيت العرب رمتكم عن قوم واحدة فأصبحت أن أصرفهم عنكم ، فإن أبيتم ذلك فأتمم ذلك ، اذهبوا فلا نعطكم إلا السيف ، فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين ، فحين رأى القوة

(قال المصنف : ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبي) أقول : هذا إنما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الإحصار ولا دلالة فيه على عدمه بعده فاقبل . قال في الكافي : ولا يأخذ منهم على ذلك مالا ، لأن أخذ المال تقرير لهم على ذلك له . وفيه بحث ، فإن المودة تكون بزمان معين ، فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا إلى ذلك الزمان كيف يكون تقريرهم عليه ؟

لأن دفع الملاك واجب بأى طريق يمكن (ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم) لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم،

أن يرجعا بمن معها ، فجري بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزمة الصلح ، فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عباد فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه ، فقالا له : يا رسول الله أمرنا بحبه فتصنعه أم شيئا أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئا تصنعه لنا ؟ قال : بل شئ به أصنعه لكم ، والله ما أصنع ذلك إلا لأنى رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكاليومكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمرى ، فقال له سعد بن معاذ : يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا ثمرة إلا قرى أو بيعا ، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه تعطيم أموالنا ؟ مالنا بهذا من حاجة ، والله مانعهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فأت ذلك ، فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ، ثم قال : ليجهدوا علينا . قال محمد بن إصحاق : حدثني به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أنهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري . وعلل المصنف هذا بقوله (لأن دفع الملاك واجب بأى طريق يمكن) وهو تساهل فإنه لا يجب دفع الملاك بإجراء كلمة الكفر ولا يقتل غيره لو أكره عليه يقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ، ولو شرطوا في الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد إليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك . وقال الشافعي : يجب الوفاء به في الرجال دون النساء ولأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو بن سبيل وكان قد أسلم فرده ، فصار يتأذى بامعشر المسلمين أراد إلى المشركين فتفتنى عن ديني ؟ فقال له عليه الصلاة والسلام : اصبر أبا جندل واحتسب . فإن الله جاعل لك ولئن ملكك من المستضعفين فرجا ومخرجا ، وكذا رد أبا بصير وأما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها ، فلو طلب زوجها الحر المهر هل يعطاه ؟ للشافعي فيه قولان : في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحد . وفي قول يعطاه ، قال تعالى - فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار - وهذا هو دليل التنسخ في حق الرجال أيضا ، إذ لا فرق بين النساء والرجال في ذلك ، بل ففسلة رد المسلم إليهم أكثر ، وحين شرع ذلك كان في قوم من أسلم منهم لا يلبغون في تعذيبه ، فإن كل قبيلة لاتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى إنما يتولى ردهه عشيرته وهم لا يلبغون فيه أكثر من القيد والسب والإهانة ، ولقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سبيل إلى نحو سبعين لم يلبغوا فيهم النكابة لعشارهم والأمر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب) إذا حضروا مستأمنين (ولا يجهز إليهم) مع التجار إلى دار الحرب (لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم) والمعروف ما في سنن البيهقي ومسنند البزار ومعجم الطبراني من حديث

فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك (قوله بأى طريق يمكن) قيل في هذا التعظيم شبهة ، وهي أنه لو لم يمكن دفع الملاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر أو يقتل غيره أو بالزنا ، فإن دفع الملاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مريض فيه حتى لو قتل فيها بصره عنها كان شهيدا . وأجيب عنها بأن معنى الكلام بأى طريق يمكن سوى الأمور التي رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها . وأقول : الواجب بمعنى الثابت فتدفع به أيضا . وقوله (ولا يجهز إليهم)

ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا ، وكذلك الحديد لأنه أصل السلاح ، وكذا بعد المواجهة لأنها على شرف التقص أو الانتضاء فكانوا حربا علينا ، وهذا هو القياس في الطعام والثوب ، إلا أنا عرفناه بالنص « فإنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمانية أن يبيع أهل مكة وهم حرب عليه » .

بحر بن كثير (١) السقاء عن عبيد الله القتيبي عن أبي وجاء عن عمران بن الحصين « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة » . قال البيهقي : الصواب أنه موقوف . وأخرجه ابن عدى في الكامل عن محمد بن مصعب القرظي ، وقد اختلف فيه ، صفه ابن معين ، وقال ابن عدى : وهو عدى لأبأس به ، ونقل عن أحمد نحو ذلك . قال المصنف (ولأن فيه) أى في نقل السلاح وتجهيزه إليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أى الخيل ، ولا فرق في ذلك بين ما قبل المواجهة وبين ما بعدها (لأنها على شرف الانتضاء أو التقص) قال (وهو القياس في الطعام) أى القياس فيه أن يمنع من حله إلى دار الحرب لأنه به يحصل التقوى على كل شيء والمقصود إخضاعهم (إلا أنا عرفناه) أى نقل الطعام إليهم (بالنص) يعنى حديث ثمانية ، وحديث إسلامه رواه البيهقي من طريق محمد بن إصحاق عن سعيد المقبري عن أبي هريرة ، فذكر قصة إسلام ثمانية ، وفي آخره قوله لأهل مكة حين قالوا له أصوبت ؟ فقال : إني والله ما صوبت ولكني أسلمت وصدقت محمدا وآمنت به ، وإيم الذي نفس ثمانية بيده لاتأنيكم حجة من الإمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم ، وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش ، فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم أن يكتب إلى ثمانية يحمل إليهم الطعام ، ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . وذكره ابن هشام في آخر السيرة ، وذكر أنهم قالوا له صبايت ؟ فقال لا ، ولكني أتيت خير الدين دين محمد ، والله لاتصل إليكم حجة من الإمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى أن قال : فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنك تأمر بصلة الرحم وإنك قد قطعت أرحامنا ، فكتب عليه الصلاة والسلام إليه أن يغلى بينهم وبين الحمل . وأما بيع الحديد فمنه المصنف (لأنه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية ، فإن الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح . وذهب فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير إلى أنه لا يكره حيث قال : « وهذا في السلاح ، وأما فيما لا يقاتل به إلا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر بيع العنب بأس ولا بيع الخشب وما أشبه ذلك . وقال الفقيه أبو الليث في شرحه : وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خرا لأن العصير ليس بألة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خرا ، وأما هنا فالسلاح آلة للفتنة في الحال ، ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة ، قيل بإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره » .

[فروع من الميسوط] طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم في أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الإسلام لا يجب إلى ذلك ، لأن التمرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ، ولأن الذي من يلزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فشرط خلافه باطل ، ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم

أى لا يبيع التجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع ، والمراد به هاهنا السلاح والكراع والحديد . وقوله (لما بينا) يعنى قوله ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله : أى أئامهم بالطعام .

(١) (بحر بن كثير) كذا هو في الخلاصة بمهمة بدل الوحشة وأبوه بنون وآخروه معجزة وهو الصواب ، وليحذر ما وقع في بعض النسخ من « بحر بن كثير » كتبه مصححه .

(فصل)

(إذا أمن رجل حرًا أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صبح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تنكأوا معاوثهم ويسمى بلمتهم أذانهم» أي أقلمهم

ماشاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعوه إن شاء لأن عقد الذمة خلف عن الإسلام في الأحرار ، ولو أسلم كانوا عبيده ، فكذلك إذا صار ذمياً ، وهذا لأنه كان مالكا لم يبيده القاهرة وقد ازدادت وكادة العقد الذمة فإن ظفر عليهم عدو فاستغلقهم المسلمون فلأنهم يردونهم على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة ، وهذا لأن على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين ، وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونهم عبيده . ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيئا معلوما وعلى أن لا يجرى عليهم في بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك ، إلا أن يكون غيرا للمسلمين لأنهم بهذه المودة لا يلزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب ، وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز إلا أن يكون غيرا للمسلمين ، ثم إن فعل ذلك إن كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال . ولو صالحوهم على أن يؤدوا إليهم في كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح ، لأن هذا الصلح وقع على جماعة فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز ، ألا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تملك شيء من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك المودة لأن حرمتهم تأكدت ، بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعينهم أول السنة وقالوا أمتونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فإنه جائز لأن الميعين في السنة الأولى لا تتناولهم المودة ومنها يثبت الأمان لهم ، فإذا جعلوهم مستقن من المودة يجعلهم لإياهم عوضا للمسلمين صاروا ممالك المسلمين بالمودة ، والمشروط في السنين الثلاثة بعد المودة أرقاء فجاز . ولو سرق مسلم ماله بعد المودة لا يحل شراؤه منه لأن مال المستأمن لا يملك بالسرقه لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه . ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشتري منهم ما أخذوه من أموالهم لأنهم ملكوها بالإحراز كمال المسلمين ، ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالتمن لأنهم بالمودة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب إذ لم يتقاعوا إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرهم ، ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه في أمان المسلمين .

(فصل في الأمان)

وهو نوع من المودة في التحقيق (قوله إذا أمن رجل حرًا أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صبح أمانهم) على إسناد المصدر إلى المفعول (ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تنكأوا معاوثهم» أي لا تريد دية الشريف على دية الوضيع (ويسمى بلمتهم أذانهم) أخرج

(فصل)

لما كان الأمان نوعاً من المودة لأن فيه ترك القتال كالمودة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح : وقوله (ويسمى بلمتهم) أي بعهدهم وأمانهم (أذانهم) أي أقلمهم

(فصل وإذا أمن رجل حر)

أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، ويرد عليهم أقصاهم ، وهم يد على من سواهم » ومعنى يرد عليهم أقصاهم : أى يرد الأبعد منهم التبعة عليهم ، وذلك أن العسكر إذا دخل دار الحرب فاقتطع الإمام منهم سرايا ووجهها للإغارة فما غنمته جعل لها ما سعى ويرد ما بقى لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل فى دار الحرب وأخذ المال : وأما قوله وهم يد الخ : أى كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم ، لكن رواه ابن ماجه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم » ويجوز عليهم أقصاهم وهم يد « الحديث . ففسر الرد فى ذلك الحديث بالإجارة ، فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجبرا . والمقصود من هذا الحديث عمل الدية ، وهو فى الصحيحين عن عليّ رضى الله عنه قال : ما كنينا عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا القرآن وما فى هذه الصحيفة ، قال عليه الصلاة والسلام « المدينة حرم ، فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا ، وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ، فمن أسخط مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا » وأخرج البيهقي نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة ، ومن قال إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث عليّ من جهة أبي داود ، والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط ، فإن ما فى الصحيحين ليس فيه « تتكافأ دماؤهم » وهو يريد أن يخرج مذكوره فى الهداية لاما هو محل الحاجة من الحديث فقط . وفسر المصنف أدناهم بأقلهم فى العدد (وهو الواحد) احترازا عن تفسير محمد من الدعاة لبطلان العبد كما سيأتى وليس بلازم ، إذ هو على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأذى بمعنى الواحد فإنه يتناول الواحد حرا أو عبدا . وقد ثبت فى أمان المرأة أحاديث : منها حديث أم هانئ فى الصحيحين رضى الله عنها « قالت : يارسول الله زعم ابن أبى عليّ أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان ، قال عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجرته وأمنا من أمنت » ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبى ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب رضى الله عنها قالت « ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له : يارسول الله إلى أجرته حوين لى من المشركين فأراد هذا أن يقتلها ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما كان له ذلك » الحديث . وكان الذى أجرته أم هانئ عبدا لله بن أبى ربيعة بن المغيرة والحرب بن هشام بن المغيرة كلاهما من بنى مخزوم . ومنها ما رواه أبو داود : حدثنا عثمان بن أبى شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضى الله عنها قالت : إن كانت المرأة لتجبر على المؤمنتين فيجوز . وترجم الترمذى باب أمان المرأة ، حدثنا يحيى بن أكثم إلى أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن المرأة لتأخذ للقوم ، يعنى تجبر القوم على المسلمين . وقال : حديث حسن غريب ، وقال فى علله الكبرى : سألت محمد بن إسحاق عن هذا الحديث فقال : هو حديث صحيح . وكثير بن زيد وهو فى السند سمع من الوليد بن رباح ، والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة . ومنها حديث إجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاصم ، فقال عليه الصلاة والسلام :

وهو الواحد (لأنه لا أقل منه ، وإنما فسر الأذى هاهنا بالأقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسر بالعبء لأنه جملة من الدعاة والعبء أدنى المسلمين .

ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه للملاقاة محله ثم يتعدى إلى غيره ، ولأن سببه لا يتجزأ وهو الإيمان ، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الإنكاح . قال (إلا أن يكون . في ذلك مفسدة . فينبذ إليهم) كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في التبدد وقد بيناه .

« ألا ولأنه يجير على المسلمين أديانهم رواء الطبراني بطوله . قال المصنف (ولأنه من أهل القتال) أى الواحد ذكرنا كان أو أنثى فإنها من أهلها بالتبعية بجلها وعييدها فيخاف منه (فيتحقق الأمان منه للملاقاة محله) أى محل الأمان وهو الكافر الخائف ، وإذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ (ثم يتعدى إلى غيره) أى غير الجير من المسلمين . وأما قوله ولأن سببه لا يتجزأ الخ فيصالح تعليلا بلا واول للتعدي ، فإن ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الأمان بالنسبة إلى المؤمن ، فأما تعديده إلى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل . وما ذكر من عدم التجزئ يصلح دليلا له فإنه إذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل . واستدل على عدم تجزئه بأن سببه وهو الإيمان لا يتجزأ فكذا الأمان ، وفسر بالتصديق الذى هو ضد الكفر وبعضهم بإعطاء الأمان لأنه يقال آمنت فأمّن : أى أعطيته الأمان فأمّن . ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمّن الكافر : أى حصل له الأمان ، وهذا إنما يتم إذا كان السبب علة وهو مجاز ، فإن حقيقة السبب المقتضى فلا يلزم من وجوده الوجود ، ولا شك أن الإيمان بالله ورسوله سبب مقص إلى أمان الخرى بإعطاء المسلم إياه له ، فالحق أن كلا منهما يصح الإيمان : أى إعطاء الأمان بسبب الإيمان بمعنى جلته لا يتجزأ فلا يتجزأ الأمان ، أو الإيمان بمعنى التصديق سبب حقيقى للأمان لا يتجزأ فلا يتجزأ الأمان وصار (كولاية الإنكاح) إذا زوج أحد الأولياء المستوين نفذ على الكل . واعلم أن كونها لا يتجزأ إنما علمتها من النص الموجب للنفذ على الكل إذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك (وقوله إلا إذا كان في ذلك) أى أمان الواحد (مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في التبدد وقد بيناه) في الباب السابق

(وقوله ولأنه) أى ولأن كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر ، وأما المرأة فبالسبب بالمأل أو العبيد ، وأما قوله عليه الصلاة والسلام « ما كانت هذه تقاتل » معناه بنفسها . وقوله (لملاقاة) أى للملاقاة الأمان (محله) لأن محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا . وقوله (ثم يتعدى) أى الأمان (إلى غيره) أى غير الذى أمن من أهل الإسلام . كما في شهادة رمضان ، فإن الصوم يلزم من شهد بروية الحلال ثم يتعدى منه إلى غيره) وقوله ولأن سببه لا يتجزأ وهو الإيمان (أى التصديق بالقلب) فكذا الأمان لا يتجزأ (فإذا تحقق من البعض فلما أن يبطل أو يكلل ، لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فيتحقق الثانى ، كما إذا وجد الإنكاح من بعض الأولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ . فلا تجزأ الولاية فكذلك ههنا . واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين : جعل المناط في أحدهما كون من يعطى الأمان بمن يخافونه وفى الآخر الإيمان ، والأول يقتضى عدم جواز أمان أئمة المجبور والتاجر والأسير ، والثانى يقتضى جواز ذلك ولو جعلهما علة واحدة بخلف الواو من الثانى ليقع علة لقوله ثم يتعدى إلى غيره كان أولى ، ويمكن أن يجعل الأول علة والثانى شرطا وسواء سببا مجازا ، والشئ يبق على علمه عند عدم شرطه وسينجى . ق كلامه إشارة إلى هذا . وقوله (إلا أن يكون في ذلك مفسدة) استثناء من قوله . صح أمانهم . وقوله (وقد بيناه)

(قوله وهو الإيمان) أى التصديق (أقول : قال الإجماع) وهو الإيمان أى إعطاء الأمان . وأنت غير بأن تفسر الشارح أدل منه ، يدل عليه قوله عز رضى الله عنه إنه رجل من المسلمين على متنجى . (قوله وقوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح أمانهم) أقول : بل استثناء من قوله ولم يكن لأحد من المسلمين قتلى .

ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبد الإمام لما بينا ، ويؤدبه الإمام لأفئاته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تقوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذمي) لأنه منهم بهم ، وكذا لأولية له على المسلمين : قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعزى الأمان عن المصلحة ، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيخلصون بأمانه فلا يفتتح لنا باب الفتح ، ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصبح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال) وقال محمد يصح (وهو قول الشافعي ، وأبو يوسف معه في رواية ، ومع أبي حنيفة في رواية

وهو قولنا بفعل تحمزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى . وأما قوله (ولو حاصر الإمام حصنا وأمن وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكرارا عضدا بل ذكره ليبنى عليه قوله (ويؤدبه الإمام لأفئاته على رأيه بخلاف ، ما إذا كان فيه نظر) لا يؤدبه (لأنه ربما) فعل ذلك مخافة أن تقوت المصلحة بالتأخير) إلى أن يعلم الإمام بها ويؤمن هو بنفسه . والأفئيات احتمال من القوت وهو السبق ، وإنما يقال الاتصال للسبق إلى الشيء دون اتئار من ينبغي أن يؤامر فيه ، بخلاف غيره يقال فاتى ذلك القارس : أى سيقى فأصله اقوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها ، والتعليل به مطلقا يقتضى أن يؤدبه مطلقا لتحقيق الأفئيات فيما فيه المصلحة ، فالوجه تقييده بقولنا أفئيات فيها لأصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذى لأنه منهم بهم) على المسلمين لموافقة لم اعتقادا ، وأيضا لأولية لكافر على مسلم لقوله تعالى : ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا . والأمان من باب الولاية لأنه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) في دار الحرب (لأنهما مقهوران تحت أيديهم والأمان يختص بمحل الخوف ، ولأنهما يجبران عليه فيعزى الأمان عن المصلحة ، ولأنه كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيخلصون بأمانه فلا يفتتح باب الفتح (قوله ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لم يصح أمانه لما بينا) من أن الأمان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما في دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال) ، وقال محمد يصح : وهو قول الشافعي . وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف في رواية) لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله : ويسعى بلمتهم

يعنى في باب المواجهة بقوله وإن صالحهم مدة الخ وإليه أيضا أشار بقوله (لما بينا) قيل قوله (ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش) تكرار محض لأنه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة . وأقول : يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام وهذا بعده ، ويجوز أن يكون أعاده تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الإمام لأفئاته على رأيه : أى لسبقه على رأى الإمام ، وحقيقة الأفئيات الاستبداد بالرأى وهو احتمال من القوت وهو السبق (قوله ولا يجوز أمان ذى لأنه منهم بهم) أى بالكفار للاتحاد في الاعتقاد . وقوله (لا يصح أمانه لما بينا) يعنى قوله والأمان يختص بمحل الخوف . قال (ولا يجوز أمان العبد الخ) اتفق العلماء على أن أمان العبد المأسون صحيح لما روى أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت وروى به إلى قوم محصورين ، فرفع ذلك إلى عمر رضى الله عنه فأجاز أمانه وقال إنه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا فلان الرى فعل المقاتل ، وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبي حنيفة ، ويصح عند محمد والشافعي . وذكر الكرخى قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه

(قوله قيل قوله ولو حاصر الإمام) أقول : صاحب القيل هو الإثنائي (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك ، إلخ) قوله : ويجوز أن يكون الخ) أقول : في كلا الوجهين بحث .

فحمد قوله عليه الصلاة والسلام « أمان العبد أمان » رواه أبو موسى الأشعري ، ولأنه مؤمن بمنته فيصحب أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الأمان ، فالإيمان لكونه شرطا للعبادة ، والجهاد عبادة ، والامتناع لتحقيق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة ، وإنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول . ولأن حنيقة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله .

أدناهم (و) لما (روى أبو موسى الأشعري من قوله عليه الصلاة والسلام « أمان العبد أمان » ولأنه مؤمن بمنته) أي له قوة بمنته بها ويضر غيره (فيصحب أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال والمؤيد من الأمان) وهو عقد اللمعة ، فإن العبد المحجور إذا عقد اللمعة لأهل مدينة صبح ولزم وصاروا أهل ذمة ، فهذا هو الموقت من الذمة أولى بالصحة ، وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان . أما الإيمان فلا شرط للعبادات والجهاد من أعظمها . وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع ، وهو (إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة) لا فيها لامصلحة فيه (وإنما لا يملك المسابقة) أي الجهاد بالسيف لتعرض منافع المملوكة للمولى على القوات بأن يقتل ؛ وهذا المانع إنما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين ، فلم يبق بينه وبين المحجور عليه في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولأن حنيقة) ومالك في رواية صحت منه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الأمان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الإعزاز لأنه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة ، لأن الظاهر أنه يخطئ لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدنى بالأمر من غير الممارس له ،

القدوري في شرحه ، وذكره الطحاوي مع أي حنيقة وهو الظاهر عنه ، واعتمد عليه صاحب الأسرار ، واستدلال محمد بالحديث ظاهر . وقوله (ولأنه مؤمن بمنته) أي ذو قوة وامتناع إشارة إلى شرط جواز الأمان وهو الإيمان وإلى علته وهو الخوف لأن الخوف إنما يحصل بمن له قوة وامتناع . وقوله (وبالمؤيد من الأمان) يعني عقد اللمعة ، فإن الحري إذا عقد عقد اللمعة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى تجرى عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك . وقوله (فالإيمان لكونه شرطا للعبادة) يعني شرطنا الإيمان في قولنا ولأنه مؤمن بمنته فيصحب أمانه لأنه شرط للعبادة (والجهاد عبادة) وهذا هو الموصود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا . وقوله (والامتناع) يعني وشرطنا الامتناع لتحقيق إزالة الخوف به . وقوله (والتأثير إعزاز الدين) يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له إعزاز الدين وإقامة المصلحة الخ . وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر في أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الإيمان ، وهذا الوصف محال بظهور أثره وهو إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في حين هذا الحكم وهو الأمان في الجبر ، فإذا وجد في المحجور عليه صبح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة . وقوله (وإنما لا يملك المسابقة) جواب عما يقال الأصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملكه فلا يملك الأمان أيضا ، وتقريره إنما لا يملك المسابقة (لما فيه من تعطيل منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لثانفه (في مجرد القول) وقوله (ولأن حنيقة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون مانعه . وتقريره لا تسلم وجود الامتناع لأن

(قال المصنف : فالإيمان لكونه شرطا للعبادة) سيجيء أن الأمان نوع يقال (قوله وهذا هو الموصود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول : يعني تقدم تخميننا بظهور شرطا وهو قوله والتأثير يبقى على علته عنه علم شرطه ، وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا .

بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه متحقق ، ولأنه إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه ، والأمان نوع قتال وفيه مذكراته لأنه قد يخطئ بل هو الظاهر ، وفيه سد باب الاستغنام ، بخلاف المأذون لأنه رضى به والخطأ نادر لمباشرة القتال ، وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ، ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك : وإسقاط الفرض نفع فافترقا .

وفي خطه سد باب الاستغنام على مولاة وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجعا (بخلاف) العبد (المأذون ، وبخلاف) الأمان (المؤبد) بإعطاء الجزية (لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام) ولكن مسلم عبد أو حر ذلك (ولأنه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (ولأنه مفروض عند مسئلتهم) لأن الله تعالى خيا قتالهم به بقوله تعالى - حتى يعطوا الجزية - ففى عقد اللمة لم (إسقاط الفرض) عن الإمام وعامة المسلمين ، وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين : قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال ، وقياس أمان المحجور على عقد اللمة من المحجور . ولا شك أن فرق أى حنيئة في الثاني متجه . وأما دفعه القياس الأول فلا لأنه إن فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحزب غير معلوم ، فلنهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رآه مع المسلمين سوى البقية فهو مخوف لهم . وأما بأن الظاهر سقطوه في المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة ، بل إذا كان كذلك نهى إليهم الإمام به : نعم الاستدلال بالحديث المروى عن أبي موسى غير تام لأنه حديث لا يعرف . فإن قلت : فقد روى عبد الرزاق : حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال : شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرا ، فحاصرها شهرا ، حتى إذا كنا ذات يوم وطمنا أن نصحبهم انصرفنا عنهم عند المقليل ، فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أمانا ثم رى به

الامتناع إنما يكون لتحقيق إزالة الخوف وهم لا يخافونه ، وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف ، وتقديره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه ، وفيه نظر فإن الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا علمه ، فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه . والجواب أن ذلك يعلم بترك المسابقة فلنهم لما رأوا شايبا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك من له المنع . ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال والأمان نوع قتال لكان أمهلا لإثباتهم للمذهب أى حنيئة رضى الله عنه قتالهم . وقوله (وفيه مذكراته) يزيد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر . وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أى على المسلمين وذلك ضرر في حقهم ، فإذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يعرض للمولى والمسلمين . وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد بصورة النزاع على عقد اللمة (لأنه) أى الأمان المؤبد (خلف عن الإسلام) من حيث إنه يبتنى به القتال المطلوب به لإسلام الحرفى (فهذه بمنزلة الدعوة إليه) أى إلى الإسلام وهي نفع (ولأنه مقابل بالجزية) وهي نفع (ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعنى أن الكفار إذا طلبوا عقد اللمة فيعرض على الإمام إجابتهم إليه (وإسقاط الفرض نفع فافترقا)

(قوله ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال الخ) يقول : إن أراد أنه محجور عن القتال الحقيق والحكى فهو ممنوع ، بل هو أول المسئلة وإن أراد أنه محجور عن الحقيق فلم وليس الأمان منه ولعله إنما أمر بالتأمل لذلك .

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالحبسون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعل الخلفاء ، وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق .

إليهم ، فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم ، فقلنا لهم : ما شأنكم ، فقالوا أمتعنونا وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم ، فقلنا : هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء ، قالوا : لاندرى عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان ، فكتبنا إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب إن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم . ورواه ابن أبي شيبة وزاد : وأجاز عمر أمانه . فالحجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذونا له في القتال ، وأيضا جاز كونه محجورا والأمان كان عقد دمة وأنه يصح منه والله أعلم ؛ إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضى إناطته مطلقا بذلك ، والحديث جيد ، وفصيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين (قوله وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) بإجماع الأئمة الأربعة (كالحبسون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعل الخلفاء) بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد ، ويقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لأن قوله غير معتبر كطلاقه وعقاقه ، ويقول محمد قال مالك وأحمد (وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا ، وبه قال مالك وأحمد لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون ، والمراد بكونه يعقل أن يعقل الإسلام ويصفه ، وأصاف أبا يوسف إلى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة ، وإنما قال المصنف : والأصح والله أعلم لأنه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطقي في الأجتناس ناقلا عن السير الكبير فقال : قال محمد : الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الإسلام ويصفه جاز له أمانه ، ثم قال : وهذا قوله ، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز ، وكذا وقع الإطلاق في كفاية البيهقي فيقال : لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة ، وعند محمد يجوز إذا كان يعقل الإسلام وصفاته ، وكذا المختلط العقل لأنه من أهل القتال كالبالغ إلا أنه يعتبر أن يكون مسلما بنفسه ، فهذا كما ترى لإجراء الخلاف في الصبي مطلقا . قال المصنف : والأصح التفصيل بين كون الماقل محجورا عن القتال أو مأذونا له فيه ، ففي الثاني لاخلاف في صحة الأمان . هذا ومن أفاط الأمان قولك للحرى لا تخف ولا توجل أو ترسيت أو لكم عهد الله أو أودعة الله أو تعال فاسمع الكلام ، ذكره في السير الكبير . وقال الناطقي في السير إملاء : سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير بأصبعه إلى الساء لرجل من العدو ، فقال : ليس هذا بأمان ، وأبو يوسف استحسن أن يكون أمانا ، وهو قول محمد والله أعلم .

وقوله (فهو على الخلفاء) يعنى على قول أبي حنيفة رضى الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح . وقوله (والأصح أنه يصح بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا ليس على الخلفاء لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن .

(باب الغنائم وقسمتها)

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) أى قهرا (فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

(باب الغنائم وقسمتها)

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينهى به من المودة ذكر ما ينهى إليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها ، وإنما كان ذلك غالبا لاستقرار تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم فى الأكثر (قوله وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) يجوز فى الواو ما قلناه فى قوله وإذا حاصر الإمام ، وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدها لأنها من عنا يعنو عنوة وعنوا إذا ذل وخضع ، ومنه - وعنت الوجوه للحي القيوم - وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة : أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم ، وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد إلا فى ألفاظ عند بعضهم ، وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الإخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازى ، لكن لينقل منه إلى آخر هو المقصود بذلك الإرادة ككثير الرماد ، ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب فى السبب . والوجه أنه مجاز اشترى ، فإن عنوة اشترى فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا ، وإذا فتح الإمام بلدة عنوة (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أى البلد (بين الغانمين) مع رؤوس أهلها استرقاقا وأمواهم بعد إخراج الخمس لجهاته ، وإن شاء قتل مقاتلهم وقسم ماسواهم من الأراضى والأموال والذرارى ، ويضع على الأراضى المقسومة العشر لأنه ابتداء التوظيف على المسلم ، وإن شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأمواهم فوضع الجزية على الرعوس والخراج على أرضهم من غير نظر إلى الماء الذى يسقى به أحواء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار أو ماء الخراج كالأهبار التى شقها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر . وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فكروه ، إلا أن يدفع إليهم من المال ما يتمكنون به من إقامة العمل والثقة على أنفسهم وعلى الأراضى إلى أن تخرج الغلال ، وإلا فهو تكليف بما لا يطاق . وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الأرض أو برقابهم فقط فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا إلى دار الحرب .

(باب الغنائم وقسمتها)

آخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنى أمواهم ، فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها . والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة . وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة (وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أى قهرا) قال فى النهاية : قوله قهرا ليس بتفسير له لغة لأن عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعدد ، بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لأن من اللذة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أى قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ،

(باب الغنائم وقسمتها)

(قوله وهو لازم وقهر مجيد) أقول : دليل ثان على أنه ليس تفسيره .

(وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه،

نعم له أن يقيمهم أحراراً ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يلغمه إليهم فيكونوا فقراء يكتبون بالسعي والأعمال ، وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر . هذا وقد قيل الأولى الأول وهو قسمة الأراضي وغيرها إذا كان بالمسلمين حاجة ، والثاني عند عدلها . ثم استدل على جواز قسمة الأرض بقسمته عليه الصلاة والسلام خير بما في البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : قال عمر رضي الله عنه : لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خير . ورواه مالك في الموطأ : أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال : سمعت عمر يقول : لولا أن يترك آخر الناس لأشيء لم مفتح المسلمون قرية إلا قسمتها سماناً كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خير سماناً فظاهر هذا أنه قسمها كلها . والذي في أبي داود بسند جيد أنه قسم خير نصفين نصفاً لنوابه ونصفاً بين المسلمين . قسمها بينهم على ثمانية عشر سماً . وأخرجه أيضاً من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سماً جمع كل سهم مائة سهم : يعني أعطى لكل مائة رجل سماً . وقد جاء مبيناً كذلك في رواية البيهقي ، فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك ، وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والأمور ونواب المسلمين . وحاصل هذا أنه نصف النصف لنواب المسلمين وهو معنى مال بيت المال . ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلام وتوابعها ، فلما صارت الأموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكتفونهم عملها فعدا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم بكتاب الأموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها ، فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر حتى كان عمر ، فكثر العمال في المسلمين وقوا على العمل ، فأجل عمر رضي الله عنه اليهود إلى أرض الشام وقسم الأموال بين المسلمين إلى اليوم . وقد اختلف أصحاب المغازي في أن خير فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحاً وصحح أبو عمر بن عبد البر الأول . وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني ، وغلطه ابن عبد البر قال : وإنما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمتهما أهلها في حقن دمايتهن وهما الوطيح والسلام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاضرم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة سأله أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماهم ففعل . فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الأموال وجميع الحصون إلا ما كان من ذينك الحصنين ، إلى أن قال : فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ، ولعمري إنه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ، ولكم لم يتركوا أرضهم إلا بالحصار والقتال فكان حكمهم كحكم سائر أرض خير كلها عنوة غنمية مقسومة بين أهلها ، إلى أن قال : ولو كانت صلحاً للملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم « فالحق في ذلك ما قاله ابن إسحاق عن الزهري : أي أنها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه اه قوله وإن شاء أقر أهله إلى قوله : هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك في إقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد

وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فإن قيل : قد خالفه في ذلك جماعة . أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفرًا يسيرًا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال : اللهم اكفني بإلأ وأصحابه فأجاب الجول وقيم عين تطرب : أي ماتوا

وفي كل من ذلك قدوة فيتحير . وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغائبين ، والثاني عند عدم الحاجة ليكون غدة في الزمان الثاني ، وهذا في المقار . أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه ،

ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيا ، وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة ، وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين ، وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما ، فحمل في أول سنة إلى عمر ثمانون ألف ألف درهم ، وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم ، إلا أن في المشهور عن أصحاب الشافعي أنها فتحت عنوة وقسمت بين الغائبين ، فجعلت لأهل الخمس والمنقولات للغائبين . والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغائبين واستردّها وردّها على أهلها بجراحي يؤدونه في كل سنة . وقال ابن شريح : باعها من أهلها بثمان مئمة . والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة ، وأن عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يفسنها بين الغائبين عتجا بقوله تعالى - ما آفأ الله على رسوله - إلى قوله - والذين جاءوا من بعدهم - أي العتمة لله ، والرسول وللذين جاءوا من بعدهم ، وإنما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية ، وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد إلا نفر يسير كبلال وسلمان ، ونقل عن أبي هريرة فدلحا عمر رضي الله عنه على المنبر وقال : اللهم اكفني بلالا وأصحابه . قال في الميسوط : فلم يحمدا وتدنوا ورجعوا إلى ربه . ويدل على أن قسمة الأراضي ليس حتماً أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم أرضها ، ولهذا ذهب مالك إلى أن بمجرد الفتح تصير الأرض وقفا للمسلمين ، وهو أدري بالأخبار والآثار ، ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها ، ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام : ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أطلق بابا عليه فهو آمن ، ولو كان صلحا لأمكنوا كلهم به بلا حاجة إلى ذلك وإلى ما ثبت من إجارة أم هانئ من

جيباً (وفي كل من ذلك قدوة فيتحير) ولقاتل أن يقول : لانسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم يصبر قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ لم يصل إلى حد الإجماع . والجواب عنه من وجهين : أحدهما أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم إذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أي جهة فعله يحمل على أدنى ، تنازل أفعاله وهو الإباحة . ويحتج لا يستوجب العمل بالعادة ، فلذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه . والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا ، فإن عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطاً من قوله تعالى - والذين جاءوا من بعدهم - بعد قوله تعالى - ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى ففتح والرسول ولدى القرى - فيكون ثابتاً بإشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب الخير كما في خصال الكفارة : ففعل النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) في التوفيق بينهما أن (الأولى هو الأول عند حاجة الغائبين) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فإنه كان عند حاجة المسلمين (والثاني عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضي الله عنه (ليكون غدة في الزمان الثاني ، وهذا أي إقرار أهل بلد على بلدهم بالمن عليهم) في المقار ، أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد (بأن يدفع إليهم مجاناً وينعم به عليهم ، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للمعار وذلك في قوله بعد هذا وإن من عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بغير ما يتبعها لم العمل . وقوله (لأنه لم يرد به) أي بالمن (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد

(قوله فعل النبي عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضي الله تعالى عنه الآخر) أقول : فيه نظر لأن الآية إن أفادت القطع بطريق الإشارة

وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المن "إبطال حق الغائبين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله، والخراج غير معادل لقلته، بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل، والحجة عليه ما رويناه، ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكررة العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد، والخراج وإن قل "حالا فقد جل" ما لادوامه، وإن من "عليهم بالرقاب والأرضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر مايتبها لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة .

إجاريته ومداقها عليا عن قتله، وأمره عليه الصلاة والسلام يقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة . وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين "إن الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والأرض لايفسك بها دم، إلى أن قال : فإن أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم" فقلوه بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك (قوله وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لأن في المن "بالأرض (إبطال حق الغائبين) على قولكم (أو ملكهم) على قولي (فلا يجوز) للإمام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة إلى رقية الأرض (بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضى الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان إجماعا . فإن قيل : لا يعتقد الإجماع بمخالفة بلال ومن معه . أجيب بأنه لم يسوغ اجتباؤهم بدليل أن عمر دعا عليهم، ولو سوغوا لم ذلك لما دعا على المخالف (ولأن فيه نظرا) للمسلمين (لأنهم) يصيرون (كالأكررة العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفي هذا من النظر الملائقي (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وإن قل "حالا فقد جل" ما لا) فربما يحصل منه على طول الزمان أضعاف

(وفي العقار خلاف الشافعي) فإنه لا يجوز المن" فيه . قال (لأن في المن "إبطال حق الغائبين) عندكم لأن حقهم قد ثبت وتأكد بالإحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة وإجراء أحكام الإسلام فيها وليس للإمام ذلك (أو ملكهم) يعني عندي، فإن الملك قد ثبت لم بنفس الإحراز (فلا يجوز) يعني لإبطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فإن قيل : الخراج يعادله . أجاب بقوله (والخراج غير معادل لقلته) فإن قيل : فالحق أو الملك ثبت في رقابهم أيضا وبجازه أن لا يقسمها . أجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية، وهذا لأنها خلقت في الأصل أحرارا والملك ثبت بعارض، فالإمام إذا أسرفهم فقد بدل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحرارا فقد بقي حكم الأصل فكان جائزا (والحجة عليه ما رويناه) يعني من فعل عمر رضى الله عنه. وقوله (ولأن فيه نظرا) يعني أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في إقرار أهلها عليها لأنه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكره عليهم العلو، وربما لا يتدنون لذلك العمل أيضا، فإذا تركها في أيديهم وهم غافرون بالعمل صاروا (كالأكررة) أي المزارعين (العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظرا لماحالة فيكون جائزا . قوله (والخراج وإن قل) جواب عن قوله (والخراج غير معادل لقلته) وتقديره الخراج وإن قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جل" ما لا لدوامه) بوجوبه في كل سنة . قوله (وإن من "عليهم) ظاهر. وقوله (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الإمام الترمذاني، فإن من "عليهم

بطل العمل بالحيث لأنه ظني ولا فيمود السؤال، وأيضا ألوجب عنه التضارص الترجيح أو العلول إلى دليل آخر لا الصغير، وإلا لثبت في كل موضع حمل فيه التضارص وليس كخصال الكفاية إذ لا تضارص هناك، بل الدليل على كل صغير ولم يدل دليلان على شيئين متغايرين كما هنا.

قال (وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل ، ولأن فيه حسم مادة الفساد (وإن شاء استرقهم) لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام (وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين) لما بيناه (إلا مشركي العرب والمتردين)

قيمة الأرض (قوله وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) يعني إذا لم يسلموا (لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الأسارى إذا لاشك في قتله عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه أخته قتيلة الأبيات التي منها :

ياراكبا إن الأئيل مظنة	من صبيح خامسة وأنت موفق
أبلغ بها ميتا فإن تحية	ما إن تزال بها الركايب تحقق
منى إليك وعسيرة مسفوحة	جادت بواكفها وأخرى تحقق
ما كان شركك لو مننت وربما	من ألفي وهو المظف المحقق

الأبيات

وطيمية بن عدى وهو أخو المطعم بن عدى . وأما ما قال هشيم إنه قتل المطعم بن عدى فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول : لو كان المطعم بن عدى حيا لشفعته في هؤلاء النقي « (ولأن في قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لأهل الإسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لأن الرأي فيه إلى الإمام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يقتل عليه ، وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بأن يخاف القاتل شر الأسير كان له أن يمرره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئا (وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد: وقوله (إلا مشركي العرب والمتردين) يعني إذا أسروا فإن الكلام في الأسارى ، ويتحقق الأمر

برقابهم وأراضهم وقسم النساء والبرية وسائر الأموال جاز ، ولكن يكره لأهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال ، ولا يبقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي ، قال (وهو في الأسارى بالخيار) الإمام فيا حصل تحت يده من الأسارى غير بين الأمور الثلاثة : إن شاء قتلهم لأنه صلى الله عليه وسلم قد قتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصل في يده ، وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم ، فإن أسلموا سقط عنهم القتل لأنه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر ، فإذا زال الكفر سقط القتل (وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام) فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لأن الرق جزء الكفر الأصلي على ما عرف ، بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لأنه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ (وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه . فإن قيل - فاقولوا المشركين - ينافي ترك قتلهم فلا يجوز . أجب بأنه ترك العمل به في حق أهل اللمة والمستأمن فكلدا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه . وقوله (إلا مشركي العرب) استثناء من قوله وإن شاء تركهم أحرارا . ولقائل أن يقول : هذه الأدلة تدل على خلاف المدعى لأن المدعى هو أن يكون الإمام خيرا بين الأمور الثلاثة ، والأدلة تدل على وجوب كل واحد منها لأنه قال : لأن فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ، ثم قال : لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وهو كالقول وأقوى . ثم استدلل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا ، وهو إنما يصح على تقدير أن يكون ما فعله واجبا ولا لزم التخيير بين الواجب

(قوله وقوله إلا مشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول : فيه تأمل ، والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الأسارى بالخيار .

على مانين إن شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردم إلى دار الحرب) لأن فيه تقويتهم على المسلمين ، فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله أن يسترقهم) توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم يتعقد السبب بعد (ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة ، وقالوا : يفادى بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعي لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به. وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حرباً علينا ، ودفع شرّ حربه خير من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا ، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا .

في المرتدين إذا غلبوا وصاروا حرباً (على مانين إن شاء الله تعالى) في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الإسلام أو السيف (فإن أسلم الأسارى) بعد الأسر (لا يقتلهم) لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالإسلام ، ولكن يجوز استرقاقهم لأن الإسلام لا ينافي الرق جزاءً على الكفر الأصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ) لا يسترقون ويكونون أحراراً لأنه إسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة) هذه إحدى الروايتين عنه ، وعليها مشي القدوري وصاحب الهداية : وعن أبي حنيفة أنه يفادى بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لا يجوز المفاداة بين عتدهم ، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك ، وهذه رواية السير الكبير : قيل : وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة لا بعدها ، وعند محمد تجوز بكل حال . وجه ما ذكر في الكتاب (أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حرباً علينا ، ودفع شرّ حربه خير من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط) ، والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين . وجه الرواية الموافقة لقول العامة إن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لأن حرمة عظيمة ، وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه إليهم يدفعه ظاهراً المسلم الذي يتخلص منهم لأنه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهراً فيتكافأ ، ثم يبنى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح ، ثم إنه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم دأخرج مسلم في صحيحه وأبو داود والترمذي عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وغيره وهو لا يجوز . والجواب أن كل واحد من الأمور واجب والإمام غير بينها كما في الواجب الخبير ؛ وقوله (ولا يجوز أن يردم) ظاهر : وقوله (ولا يفادى بالأسارى) المفاداة بين اثنين ، يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته ، ومنه قوله ولا يفادى بالأسارى : أي لا يعطى أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يفادى بهم أسارى المسلمين ، ولا يجوز القدية بالمال ، وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة . وجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به . وقوله (وله أن) فيه تقوية في بعض النسخ معونة ظاهر . ويجوز أن يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرى عند التترس بالمسلمين .

(قوله والإمام غير بينها كما في الواجب الخبير) أقول : إذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوباً يكون ذلك من المعارضة لأن الواجب الخبير ، فإن الدليل في الواجب الخبير واحد دل على شيء واحد وهو التصيير ، وما هنا ليس كذلك إذ لم يدل دليل من الأدلة المذكورة على التصيير ولا جمعها ، إذ تمارض الأدلة لا يقتضي التصيير بل يصار إلى الترجيح إن أمكن ، وإلا فلي دل على آخر من الأدلة الأربعة كما تقتدر في الأصول .

أما المفاداة بمال يأخذهم منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا . وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ، ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه . قال (ولا يجوز لمن عليهم) أى على الأسارى خلافا للشافعى فإنه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر . ولنا قوله تعالى - فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - ولأنه بالأسر والقسر ثبت حتى الاسترقاق فيه .

فدعى رجلين من المسلمين برجل من المشركين ، وأخرج مسلم أيضا عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه ، وخرجنا مع أبي بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال : فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال لى : يا سلمة هب لى المرأة لله أبوك : أعنى التى كان أبو بكر نفلها إياها ، فقلت : هى لك يا رسول الله ، والله ما كشفت لها ثوبا ، فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة ، إلا أن هذا يخالف رأيهم فأنهم لا يفادون بالنساء ويبقى الأول (قوله أما المفاداة بمال يأخذهم منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا) في المفاداة بالمسلمين من رده حربيا علينا (وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) إذ لاشك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم إذ ذاك ، فليكن يحمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال ، وقد أنزل الله تعالى في شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى - ما كان لنى أن يكون له أسرى حتى يتخفن في الأرض - أى يقتل أعداء الله من الأرض فينهبهم عنها - تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة - وقوله تعالى - لولا كتاب من الله سبق - وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهى ولم يكن نهبهم - لمسكم فيما أخذتم - من الغنائم والأسارى - عذاب عظيم - ثم أسهلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال - فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا - هى للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنمية . فإن قيل : لاشك أنه من الغنمية . قلنا : لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة ، وفي رده تكثير المحاربين لغرض دينوى . وفي الكشف وغيره أن عمر رضى الله عنه كان أشار بقتلهم ، وأبو بكر بأخذ الفداء تقويا ورجاء أن يسلموا . وروى أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية . فدخل عمر رضى الله عنه على النبي عليه الصلاة والسلام فلذا هو أبو بكر يبيكان ، فسأله فقال : أبكى على أصحابك أن أخذتم الفداء ، لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة ، قال : وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال - لو نزل من السماء عذاب مانجا منه إلا عمر وسعد بن معاذ - لقوله كان الإشفاق في القتل أحب إلى الله أعلم بذلك (قوله ولو أسلم الأسير وهو في أيدينا لا يفادى به لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه) فيجوز لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر (قوله ولا يجوز لمن عليهم) أى على الأسارى (وهو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء) خلافا للشافعى (إذا رأى الإمام ذلك ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وجه قول

(وأما المفاداة بأخذ المال منهم) في إطلاق أسراهم (فلا يجوز في المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) أن فيه تقوية أو معونة للكفرة بعودهم حربيا علينا (وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) وسيجيء جوابه . وقوله (ولا يجوز لمن عليهم) المراد بالمن عليهم هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل (خلافا للشافعى فإنه يقول : من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر) يعنى أبا عزة الجمحى (ولنا قوله تعالى - فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - ولأنه بالأسر والقسر ثبت حتى الاسترقاق فيه) للغانين .

فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض ، وما رواه منسوخ بما تلونا (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي : يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لما كلة . ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ،

الشافعي قوله تعالى - فإذا منا بعد وإما فداء - ولأنه عليه الصلاة والسلام من " على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن إسحاق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم ، بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها ، فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لأصحابه : إن رأيتم أن تطلقوها أسيرها وتردوها عليها لئلا لها فافعلوا ، ففعلوا " ورواه الحاكم وصححه ، وزاد " وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يحل زينب إليه ففعل " وذكر ابن إسحاق أن من من " عليه المطلوب بن حنظل أسره أبو أيوب الأنصاري فحلى سبيله . وأبو عزة الجهمي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فن " عليه وأخذ عليه أن لا يظهر عليه أحدا ، وامتنح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر ، فقال : يا رسول الله أقتل ، فقال عليه الصلاة والسلام : ولا تمسح عارضيك بمكة بعدها ، تقول لخديجة عمتي ، ثم أمر بضرب عنقه ، ويكنى مائث في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر " لو كان المظلم بن عدى حيا لم تكني في هؤلاء النقي لتركتهن له " والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن " لأن لو لا امتناع الشيء لا امتناع غيره : يعني فيقيد امتناع المن " . ولا يخفى على من له أدنى بصيرة بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المن " جائزا فقد أشير بأنه يطلقهم لو سأله إياهم ، والإطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه إلا وهو جائز شرعا ، وكونه لم يقع لعدم وقوع ماعق عليه ، لا ينفى جوازه شرعا وهو المطلوب . وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى - اتقوا المشركين - من سورة براءة فإنها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن ، وقصة بدر كانت سابقة عليها . وقد يقال إن ذلك في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق ، فيه يعلم أن القتل المأمور حقا في حق غيرهم (قوله وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي) أي من مواشي أهل الحرب (فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان ، وعقر جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشى أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها (ولا يتركها) لم (وقال الشافعي) وأحمد (يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لما كلة) قلنا : هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام

(فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الأموال المخنومة (وما رواه) من المن " على أبي عزة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى - فإذا منا بعد وإما فداء - وكذلك قصة أسارى بدر ، لأن سورة براءة كانت آخر ما نزل ، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى - فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - فكان ناسخا لما تقدم كله . ولغاثل أن يقول : قد أجمعوا على أنه مخصوص بنحو من الدنوي والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياسا عليهم أو بعديت أبي عزة أو غيرهما . والجواب أن قياس الأسير على الذي فاسد لوجود الدمة فيه دون

(قوله ولغاثل أن يقول الخ) أقول : مخالف لما أسلفه في أول الكتاب من أنه دليل على فيه القرينة .

ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ، ثم يحرق بالنار لينقطع منفعة عن الكفار وصار كتحريب البنيان ، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه ، وبخلاف العقر لأنه مثله ، وتحرق الأسلحة أيضا ، ومالا يحرق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار لإبطال المنفعة عليهم .

نعم روى من قول أبي بكر نفسه ، رواه مالك في موطنه عن يحيى بن سعيد : أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا إلى الشام ، فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال : إني أوصيك بعشر : لا تقتل صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هربا ، ولا تقطن شجرا مثمرا ، ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لما أكله ، ولا تحرقن عامرا ، ولا تحرقن ، ولا تحرقن ، ولا تغنن ، ثم هو محمول على ما إذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار إسلام ، وكان ذلك هو المستمر في بعث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك . وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لأنه إلتاف مال المسلمين ، ألا ترى إلى قوله لا تحرقن وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام «أغر على أبنئ صبا حرق» بئى مجرد ذبح الحيوان وأنه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على المهلكة والموت وإنما يحرق (لينقطع منفعة عن الكفار وصار كتحريب البنيان) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال : « بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا : إن وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار ، فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بها إلا الله » ورواه البزار ومهما هرب بن الأسود ونافع بن عبد القيس ، وطولك البيهقي ، وذكر السبب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها . والقضية مفصلة عند ابن إسحاق معروفة لأهل السير . وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتى بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت أنا لم أحرقهم لنبي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تعذبوا بعذاب الله » ولقتلهم لقوله صلى الله عليه وسلم « من يدل دينه فاقتلوه » وأشرح البزار في مستدركه عن عثمان بن حيان قال : كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برؤوسها فألقته في النار ، فقالت : سمعت أبا الدرداء يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يعذب بالنار إلا ربه » النار « هذا (وتحرق الأسلحة أيضا ، ومالا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار لإبطال المنفعة عليهم) وما في فتاوى الولولابي : ترك النساء والصبيان في أرض غامرة : أي خربة حتى يموتوا جوعا كي لا يعودوا حربا علينا ، لأن النساء بين النسل والصبيان يبلغون فيصرون حربا علينا فيبعد ، لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ، ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء ، وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالأسرى خيرا . حدث ابن إسحاق عن نبيه بن وهب أن نبي عبد الدار « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالأسرى فرقههم بين أصحابه وقال : استوصوا بالأسرى خيرا ، فقال أبو عزيز : مرني أنهي مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرى فقال له شد يديك به فإن أمة

الأسير وهي المناط ، وكذا عن المستأمن لعلم استحقاق رقبته ، وحديث أبي عزة منقذ على الآية ، وغيرها غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص لشيء من ذلك . والمواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم : والمساكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى ، وكلامه واضح .

(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام) وقال الشافعي: لا بأس بذلك. وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت ويتبى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية. له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصبود، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب، والخلاف ثابت فيه، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته، ولأن الاستيلاء لإثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني متعمد لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا.

ذات متاع، قال: وكنت في رهط من الأنصار حين أقبلوا في من بدر فكانوا إذا قدموا غداهم وعشاهم خصوصي بالخيز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم ليأمن بنا، ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز لأنفخى بها، قال: فاستحى فأردها على أحدهم فبردها على ما عيسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا، اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة، والله أعلم (قوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى تخرج إلى دار الإسلام: وقال الشافعي: لا بأس بذلك) إذا انتهزم الكفار. وعن أبي يوسف رحمه الله: الأحب إلى أن لا يقسمها حتى يخرجها ذكره الكرخي. وعنه إن لم تكن مع الإمام محاولة يحملها عليها يقسمها في دار الحرب. وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت (بالجزية ويلزمه أن قسمة الإمام هناك لا تقيده ملكا إلا إذا كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء في فصل يجهد فيه أو كان لحاجة فإن الحاجة موضعها مستثنى، وأعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين: إما بالقسمة حينما كانت، أو باختيار الغانم التملك، وليس هو قاتلا لأن الملك يثبت للغانمين بالجزية كما نقلوا عنه. وعندنا لا يثبت إلا بالقسم في دار الإسلام، فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد بل يتأكد الحق، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لا يثق، ولو كان هناك ملك مشترك حتى يعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف في عتق الشريك، وتخرج الفروع المختلفة على هذا: منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الجزية بل لاختياره التملك فيالجزية ثبت لكل حق التملك، فإن سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها ولا أنقلها وكل من ماله قيمتها يوم الحمل. وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يبعد ثبوت سبب الملك وتقسيم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين، وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا وإن تأكد الحق لأن الاستيلاء يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في أهل، بخلاف استيلاء جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاء، وليس له هنا تملك

قال (ولا يقسم غنيمة في دار الحرب) قسمة الغنيمة في دار الحرب لا يجوز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف جاز، والتأخير إلى الخروج إلى دار الإسلام أحب إلى (وقال الشافعي رضى الله عنه: لا بأس بذلك. والأصل أن الملك لا يثبت للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت. وينبئ على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية) أى كفاية المنهى. منها أن الإمام إذا باع شيئا من الغنائم للحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فإنه لا يصح عندنا لعدم الملك، وكذا لو أتلّف أحدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن، وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه، ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركهم في الغنيمة. وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر. قوله (والثاني) أى إثبات اليد الناقلة إلى دار الإسلام (متعمد لقدرتهم) أى لقدرة الكفرة على الاستنقاذ (ووجوده) أى وجود الاستنقاذ (ظاهرا) لكون المسلمين في ديارهم.

الجارية بدون رأى الإمام . نعم لو قسمت الغنيمة على الرابات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صبح أستيلاد أحدهم لها لأنه يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الولاية ، والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ . لكن هذا إذا قتلوا حتى تكون الشركة خاصة ، أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعتاق . قال : والقليل إذا كانوا مائة أو أقل ، وقيل أربعون ، وفيه أقوال أخرى ، قال في المبسوط : والأولى أن لا يوقت ويجعل موكولا إلى اجتهاد الإمام . ومنها جواز البيع من الإمام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا بنى على ذلك أيضا . ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكيد بالهزيمة حتى صبح منه التملك والتأكد يكفى الإلحاق ، ألا ترى أننا نقول إنه يورث إذا مات في دار الإسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لأنه لا ملك قبل القسمة ، وهذا لأن الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرذ العيب ، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ، واستدل على ضعف الحق قبل الإحراز بإيضا تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبدون ضمان ما أئلف من الغنيمة قبل الإحراز ، بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال ، والشافعية إن كانوا الثاني لم يمنوا الأول . ومنها لو حلق المدد في دار الحرب قبل القسم شاركه عندنا لا عندنا للتأكد وعلمه فإنما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حتى الملك لاحق التملك ، ولهذا لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام لا يذوق ، وكذا أرباب الأموال إذا أسلموا بعد أخذها قبل الإحراز لا يملكون شيئا منها بل هم من جملة الغزاة في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد . ذكره في النهاية ، ومعناه : إذا لم يؤخذوا فإن إسلامهم بعد الأخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد . وفي التحفة : لو أئلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا ، قال : وبعد الإحراز بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقر ، ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ، ولو باع الإمام بجاز ، ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المثلث ، وهذا المذكور في التحفة ماش مع مافى المبسوط حيث قال : فأما عندنا فالخبر يثبت بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ ، ومادام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لأنه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض . ووجه المصنف قول الشافعي بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لأن بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه ، وهذا لأنه ليس بمعنى الاستيلاء على مال مباح إلا سبق اليد إليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبنى المصطلق وأوطاس في ديارهم . ولنا منع أن السبب تم فإن تمامه بثبوت اليد الناقلة ، أين قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه مادام في دار الحرب لأن الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببيع ، ألا ترى أن الدار مضافة إليهم فدل أنه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بلليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه ، فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لأنها بيع معنى ، فإن البيع مبادلة وفي القسمة ذلك ، فإن كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي ، بخلاف ما إذا خرج العبد مرأما حيث يعتق بوضوئه إلى عسكر المسلمين وإن كان في دار الحرب ، وكذا المرأة المرائمة تبين بملك فأنه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائفت هم غنم الله ، ولأن ذلك يد على نفسه ويكنى فيه امتناعه ظاهرا في الحال ، وقال الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا إذا

ثم قيل : موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لأعن اجتهاد ، لأن حكم الملك لا يثبت بقله . وقيل الكراهة ، وهى كراهة تنزيه عند محمد فإنه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا تجوز القسمة فى دار الحرب . وعند محمد الأفضل أن يقسم فى دار الإسلام . ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجع ،

جاءكم المؤمنات مهاجرات - إلى قوله - فلا ترجعوهن إلى الكفار - الآية ، وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه إلى الجعرانة ، وكانت أول حدود الإسلام ، لأن مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة وإجراء أحكام الإسلام فيها ، وهذا لأن دار الحرب تصير دار إسلام بإجراء الأحكام وبثبوت الأمن للمقيم من المسلمين فيها ، وكونها متاخمة لدار الإسلام على قوله وعلى قولهما بالأقول فقط . وأنت إذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل بالاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الخيرية بل فى أن القسمة هل توجب الملك فى دار الحرب أمكنت أن تجعل الدليل من الجاهل على ذلك . وتقريره للشافعية أنه لا مانع من مصحها فى دار الحرب تمام الاستيلاء على المباح ، فإذا اتصل به القسم ملك . ولنا منع تمام السبب فلا تنفيذ القسمة الملك إلا عند تمامه وهو فى دار الإسلام . وأعلم أن القسمة إنما لاتصح إذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم مصحها قبل الإحراز ، أما إذا قسم فى دار الحرب مجتهدا فلا شك فى الجواز وثبوت الأحكام ، وأما الحديث الذى ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب فغريب جدا . ثم ذكر المصنف خلافا فى أن الخلاف فى عدم جواز القسمة قبل الإحراز أو فى كراهتها ، فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لاتثبت الأحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره . وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لأنهم إذا اشتغلوا بها يتكاسلون فى أمر الحرب وربما يتفرقون ، فرمما يكرّ المدعى على بعضهم فكان المنع لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يعدم الجواز . ثم قال المصنف (هى كراهة تنزيه عند محمد) فالأفضل أن لا يقسم فى دار الحرب لأنه صلى الله عليه وسلم ما قسم إلا فى دار الإسلام ، والأفعال المخطئة فى الأوقات المختلفة لاتكون إلا للدعوى هى كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه التيقن به . قيل : ونقل الخلاف هكذا ، وإن كان فى الميسوط غير جيد لأنه لم يعرف خلاف عنهم إلا ما يروى عن أبى يوسف . وهذا لأن المسائل الإفرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الإحراز ، مثل ما سبأى من أن من مات من الغنائم لا يورث حقه من الغنيمة وأنه لا يبيع من ذلك العلف ونحوه شئ ، ومنها عدم جواز التنفيل بعد الإحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الإحراز ، ثم وجه الكراهة بقوله لأن دليل البطلان :

وقوله (ثم قيل موضع الخلاف) أى أن موضع الخلاف فيها إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أو لا ؟ فعنده ثبت . وعندنا لا يثبت . وقوله (لأن حكم الملك لا يثبت بدون) أى بدون الملك . معنا أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة . فعنده مرتبة بهذه القسمة الصادرة لأعن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك . وعندنا ليست بمنزلة قتل على أن المالك يمكن ثابته وهذا لأن الملك علة لترتب الأحكام وقد وجد المدعى فيلزم وجود العلة لثبوت القسمة بخلاف المدعى وعندنا لم يوجد المدعى فيلزم عدم وجود العلة لثبوت القسمة بخلاف المدعى عن المدعى . وإنما قيدنا القسمة بقوله لأعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف ، فإنه إذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق . قوله (وقيل الكراهة) أى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبه الكراهة لعدم الجواز لما فى القسمة من قطع شركة المدد فيقبل بها رغبتهم فى الحقوق بالعيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فرمما يكرّ المدعى على بعضهم وهذا أمر وادعائهم بأنهم به القسمة فلا يمنع جوازها (هى كراهة تنزيه عند محمد) فإنه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا تجوز القسمة فى دار الحرب . وعند محمد الأفضل

إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة (والردة والمقاتل في العسكر سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ماعرف، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يغربوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركهم فيها) خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال

أي بطلان القسمة قبل الإحراز راجع على دليل جوازها، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح، وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر المرة لما انتفت النجاسة لم تنف الكراهة، وهذا الكلام ينبو عن القواعد، فإن الإجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح. وإذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجع عنده وكون له مخالف ولا إجماع لا يوجب، بل لا يجوز لذلك المجتهد الزول عن مقتضاه وإلا فكل خلافة من المسائل كذلك، وإذا لزم حكم البطلان فما موجب لإثبات الكراهة؟ والتحقيق في سؤر المرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تمامها من النجاسة لأن دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضة شدة المخالطة وترجع عليه فانفت النجاسة. والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه إلى دليل، وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل، وهذا إذا لم يكن للمسلمين حاجة، أما إذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحو قسمها في دار الحرب (قوله والردة) أي العون (والمقاتل) أي المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) في الغنيمة لا يميز واحد منهم على آخر بشيء، وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق، وستبين سببه فيما يأتي إن شاء الله تعالى (قوله وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يغربوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركهم) أي المدد (فيها) وعن الشافعي فيه قولان، وما ذكرناه بناء على ما مدهناه من أن الملك لا يمت للغنائم قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام فجاز أن يشاركهم المدد إذا قام به الدليل، ولا ينقطع حق المدد إلا بثلاثة أمور: الإحراز بدار الإسلام، والقسمة بدار الحرب، وبيع الإمام الغنيمة قبل لحاق المدد. هذا وعلى ما حققناه المبني تأكد الحق وعدمه، وما استدلل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «بعت عليه الصلاة والسلام أبا ناس على سرية قبل نجد،

أن يقسم في دار الإسلام، وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقول عن أبي يوسف كما ذكرناه، وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة. وفي الجملة هذا الموضوع لا يتخلو عن تسامح، والمخلص عنه أنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب، فقال بعض المشايخ: المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة. وقال بعضهم: المراد به الكراهة، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين. ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجع لكونه محرماً والمهرم راجع على المبيع (إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق، أما عند الشافعي فيجوز مطلقاً، وأما عندنا فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة) لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار: قال (والردة والمقاتل في العسكر سواء) (الردة هو العون، والمقاتل هو المباشر في العسكر) استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم في السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الوقعة) عند الشافعي رضي الله عنه (على ماعرف، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا) من الاستواء في السبب. قوله (وإذا لحقهم المدد) ظاهر.

وهبناء على ما مهدناه من الأصل، وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعها المغنم فيها، لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد. قال (ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا) وقال الشافعي في أحد قولي: يسهم لهم لقوله صلى الله عليه وسلم (الغنيمة لمن شهد الواقعة) ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد. ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فأنعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال، وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه،

فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير بعد ما فتحها، إلى أن قال: فلم يقسم لهم «لأدليل فيه، لأن وصول المدد في دار الإسلام لا يوجب شركة، وخير صارت دار إسلام بمجرد فتحها فكان قلوبهم والغنيمة في دار الإسلام. وأما إسهامه لأي موسى الأشعري على ما في الصحيحين عنه قال: «بلغنا نخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين إليه أنا وأخوان لي أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلا من قوى، فركبنا سفينة فآلفتنا إلى التجاشي، فوفينا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده، فقال جعفر: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا هاهنا وأمرنا بالإقامة فآفينا معنا فآفينا حتى قلنا فوفينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خير فأقسم لنا، ولم يسهم لأحد غاب عن فتح خير إلا أصحاب سفينتنا» فقال ابن حبان في صحيحه: إنما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن، ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدوا. وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف ما ذهبوا إليه لافرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح (قوله ولا حق لأهل سوق العسكر) أي (في الغنيمة) لا يسهم ولا رضىخ (إلا أن يقاتلوا) فيفيد استحقاق السهم، وبه قال مالك وأحمد. وللشافعي فيه قولان: أحدهما كقولنا، والآخر يسهم لهم، واستدل الشافعي بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنيمة لمن شهد الواقعة) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف، ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا وكيع، حدثنا شعبة، عن قيس بن مسلم عن طلوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند، فأمد بهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه فظهروا، فأراد أهل البصرة أن لا يسلموا لأهل الكوفة، فقال رجل من بني تميم: أيها العبد الأجلع تريد أن تشاركنا في غنائمنا؟ وكانت أذنه جذعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: خير أذن سبيت، ثم كتب إلى عمر رضي الله عنه، فكتب عمر إن الغنيمة لمن شهد الواقعة. ورواه الطبراني والبيهقي وقال: وهو صحيح من قول عمر. وأخرج ابن عدي عن عمر رضي الله عنه:

وقوله (بناء على ما مهدناه من الأصل) يريد ما مر أن سبب الملك عنده هو الأخذ والملك يثبت به، وعندنا أن السبب هو الإحراز، فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي يتم به السبب شاركوه في تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال (وإنما ينقطع المشاركة بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعها المغنم فيها لأن بكل واحد منها يتم الملك فتقطع شركة المدد) (ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة) بإطلاقه فيفيد نفي السهم الكامل والرضخ، وكذا ذكر في المبسوط. وعلل بأن قصدهم التجارة لا إعزاز دين الله وإرهاب العدو (إلا أن يقاتلوا) فلهم السهم (وقال الشافعي رحمه الله: يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم «الغنيمة لمن شهد الواقعة» ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) وقوله (ولنا أنه لم توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله: الغنيمة لمن شهد الواقعة (موقوف على عمر رضي الله عنه) ومثله ليس بحجة عنده لأنه لا يرى تقليد الصحابي

أو تأويله أن يشهدا على قصد القتال (وإن لم تكن للإمام حولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إبداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف : هكذا ذكر في المختصر ، ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير . والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغم حولة يحمل الغنائم عليها لأن الحولة والمحمل ملغم ، وكلنا إذا كان في بيت المال فضل حولة لأنه مال المسلمين ، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حولة ،

الغنيمة لمن شهد الوقعة ، وهذا قول مصابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد إياه ، وكذا عند الكرخي من مشايخنا ، وعلى قول الآخرين (تأويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هي القتال ، وهو معنى قول صاحب المجلد الوقعة صنعة الحرب وشهوده على قصد القتال إنما يعرف بأحلامرين : بإظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ، ثم المحافظة على ذلك قصد الظاهر ، وهذا هو السبب الظاهر الذي ينفي عليه الحكم ، وإنما بحقيقة قتاله بأن كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوق وتسايس الدواب فإن خروجه ظاهرا لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده إذ لا دليل على قصد القتال ، فإذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم إليه شيئا آخر كالجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه . وعلى كون السبب ما قلنا فرع ما لو أصر في دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجنش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وكل ما يصيبونه وإن لم يلقوا قتالا بعده ، ولو لحق بمسكر غير الذي خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها إلا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم ، لأنه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم ، وإنما كان قصده من المالحق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق إلا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لأنه حينئذ تبين أنه قصد باللاحق بهم القتال ، وكذا من أسلم في دار الحرب ولحق بالمسكر ، والمرد إذا ذاب ولحق بالمسكر ، والتاجر الذي دخل بأمان إذا لحق بالمسكر إن قاتلوا استحقوا وإلا فلا شيء لهم . وقوله وإذا لم يكن للإمام حولة) بفتح الحاء المهملة ما يعمل عليه من يعبر وفرس وغيره (يقسمها بينهم) فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالأجناد فتصعب ، وقيل قسمة إبداع إلى دار الإسلام ويستردها فيقسمها ، ثم على هذا يكون بالأجرة وهل يكرههم على ذلك ؟ في السير الصغير لا يكرههم لأنه انتفاع بمال الغير لا يطيب من نفسه ، فهو كمن تلفت دابته في دار الإسلام ومع رفيقه دابة فليس أن يحمل عليها كرها بأجر المثل . وقوله (لأنه ابتداء إجارة) أي من كل وجه احتراز عن مثل ما إذا انقضت مدة إجارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فإنه تنعقد بينهما إجارة بأجر المثل جبرا . وفي السير الكبير يكرههم لأنه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ، ولأن منفعة راجعة إليهم والأجرة من الغنيمة . والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة بفعل هذا وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فلأنها تصبح للحاجة . وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة . وقوله في المختصر أي القلنذري

(أو تأويله أن يشهدا على قصد القتال) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس شيء (وإن لم يكن للإمام حولة) بفتح الحاء ما يعمل عليه من يعبر أو فرس أو بخل أو حمار (قسمها بين الغانمين قسمة إبداع) وكلامه واضح . وقوله (لأنه ابتداء إجارة) أي من كل وجه ، وهذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حالة البقاء ، فإنه يجبر على الإجارة بالاتفاق كما في مسألة السفينة ، فإن من استأجر سفينة شهرا فبضت المدة في وسط البحر فإنه ينقذ عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك . وقوله (وصار كما إذا نفقت دابته) يعني في كونه ابتداء إجارة من كل وجه .

ويجوزهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب) لأنه لا ملك قبلها ، وفيه خلاف الشافعي ، وقد بينا الأصل (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته) لأن الإرث يجري في الملك ، ولا ملك قبل الإحراز ، وإنما الملك بعده . وقال الشافعي : من مات منهم بعد استقرار الخزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه . قال (ولابأس بأن يعلف المسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه : أرسل ولم يقيده بالحاجة ، وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى . وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا لحاجة كما في الثياب والدواب . وجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر «كلوها واعفلوها ولا تحملوها» ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة ، فبقى على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانهدم دليل الحاجة ، وقد تمس إليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه ، والدابة مثل السلاح والطعام كالتخيز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت . قال (ويستعملوا الحطب) وفي بعض النسخ الطيب ،

(قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الأصل فيه) وهذا في بيع الغزاة ظاهر ، وأما بيع الإمام لما ذكر الطحاوى أنه يصحح لأنه مجتهد فيه : يعنى أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك ، وأقله تخفيف لإكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافا فيمنع بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغانمين) تقدم تقريرها على عدم الملك قبل دار الإسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه ، (قوله ولا بأس بأن يعلف المسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب ضربا فهي معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه . وحاصل ما هنا أن

وقوله (ويجوزهم في رواية السير الكبير) ظاهر ، ويكون الأجر من الغنائم ينتدأ به قبل الخمس ، لأن في هذا الاستتجار منفعة للغانمين فهو كالاستتجار لسوق الغنم والرمك ، وحق أصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستتجار لأن شركة الملك هي التي لاتمنع صحة الاستتجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال . وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح مما تقدم . قوله (ولاملك قبل الإحراز) فيه نظر لأنه يناقض قوله فيما تقدم لأن بكل منها يتم الملك . والجواب أنه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ما هنا اعتمادا على ذكره هناك أول أن ذلك لمعارض الحاجة والاعتبار للأمر الأصلية . وقوله (وقد بيناه) أى في مشكلة قسمة الغنيمة في دار الحرب . قوله (ولا بأس بأن يعاف المسكر) أى دوابهم العلف (في دار الحرب) وقوله لم يقيده بالحاجة يعنى القنودى في مختصره . (وقد شرطها) يعنى عمدا (في رواية) هي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في أخرى) وهي رواية السير الكبير ، ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح : وقوله (وعلف ظهره) أى دابته واستعار لفظ الظهر لما والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أى حقيقة الحاجة في السلاح . وقوله (والدابة مثل السلاح) يعنى في اعتبار حقيقة الحاجة لكن إذا اعتبر حاجة الركوب ، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام (ويستعملوا الحطب ، وفي بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لأن القنودى نفسه قال في شرح مختصر الكرخي يعلم

(قال المصنف : ولا بأس بأن يعلف المسكر في دار الحرب ويأكلوا الخ) أقول : أى لا بأس بأن يعلف المسكر دوابهم العلف ، فالمعقول هما معنوفان ، علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب إذا أسفها العلف (قال المصنف : ويستعملوا الحطب الخ) أقول : معطوف على قوله بأن يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول : القائل هو الإقفا .

(ويدّهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمسّاس الحاجة إلى جميع ذلك (ويقانلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتمّوا له لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه ، ولما هو بإباحة وصار كالمباح له الطعام. وقوله ولا يتمّوا له إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك ، فإن باع أحدهم رد الثمن إلى الغنمة لأنه بدل عين كانت للجماعة . وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ، إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ، وهذا لأن حق الملد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ، ولم يذكر القسمة في السلاح ، ولا فرق في الحقيقة لأنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين ، وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين ، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى الشيء حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج .

الموجود إما مايؤكل أولاً ، وما يؤكل إما يتداوى به كالحليج أولاً ، فالثاني ليس لم استعماله إلا ما كان من السلاح والكرع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه . أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطّ ، بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يمتنع بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثراً للملك فضلاً عن الاستحقاق ، بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنمة إذا انقضى الحرب ، وكذا الثوب إذا ضره البرد فيستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه ، ولو تلف قبل الرد لضمان عليه ، ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) محمد رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكر المصنف لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد ، بخلاف الشيء لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة ، فإن لم يعطوا وليس معه فضل حيلة قتل الرجال وترك النساء والصبيان ، وهل يكره عنده فضل حيلة على الخيل : ينهى بالأجر فيه روايتان تقدّمتا . وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله ، وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة بل الفضول . وقال عليه الصلاة والسلام « رءوا الخيط والخيط » ولأشك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يوجهه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب ، فالمعتبر حقيقة

جواز الانتفاع بالطيب ، أما الحطّ فلتملر النقل من دار الإسلام جاز استعماله كما في العلف ، وأما الأدهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت ، لأنه لما كان مأكولاً كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله ، وإذا لم يكن مأكولاً لا ينتفع به بل يردّه إلى الغنمة . قوله (ويوقحوا به الدابة) التوقيع تصليب حافرها بالشحم اللدّاب إذا حفر من كثرة المشي ، ونقل عن المصنف بالراء من الرقيق وهو الإصلاص ، قال : هكذا قرأنا على المشايخ . قال صاحب المغرب : والراخط لأن الأول هاهنا أولى وأثيق . قلت : هذا التعليل إن كان منقولاً عنه فهو مناقض لأن ترك الأولى لا يسمى خطأ . وقوله (وتأويله الخ) إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل ، لأنه إذا احتاج الغزاة إلى استعمال سلاح الغنمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز . وقوله (وقد بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه يستصعبه الخ . وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمّوا له) أي يبيعونه بالعروض . وقوله (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الإجزاء ، وكلامه واضح . وقوله (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب .

(قوله وإذا لم يكن مأكولاً الخ) أقول : كدهن البنفسج والخيرى (قوله ولا يتمّوا له) أي يبيعونه بالعروض (أقول : قوله ولا يتمّوا له) صحت على قوله ولا يجوز لا على قوله أن يبيعوا تماماً .

قال (ومن أسلم منهم) معناه في دار الحرب

الحاجة . وأما ما يؤكل لا للتداوى سواء كان مهياً للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل ، والأدهان بتلك الأدهان لأن الأدهان انتضع في البدن كالأكل ويوقحوا الدواب بها ، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حنى من كثرة المشى . والراء أى التوقيع خطأ ، وكذا في المغرب لكن الأصح جوازه . ونقل عن المصنف بالراء من التوقيع وهو الإصحاح قال : هكذا قرأنا على المشايخ . وفي الجمهرة : رقع عيشه تزيحها إذا أصلحه ، وأنشد :

يترك ما رقع من عيشه يبيت فيه هيج هامج

والمهج من الناس هم الذين لا نظام لهم ، فالترقيع أعم من التوقيع ، وكذا كل ما يكون غير مهياً كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد إلى الغنمة . ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ، ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، فيجوز لكل من الفقير والغنى تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندى بأجر لا ليجل لهم ، ولو فعلوا لأضاهى عليهم ويأخذ مايكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه . وينبغى أن يأخذ مايكفى الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغزى أن يأخذ لأجله ، ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الأسباب فيدار بالحكم عليه ، بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة ، والحديث الذى ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيرى "كلوها واعفوها ولا تحملوها" رواه البيهقى . أنبأنا على بن محمد ابن بشران ، أخبرنا أبو جعفر الرازى ، حدثنا أحمد بن حنبل ، حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس ابن عبد الرحمن الأشجعى عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يوم خيرى كلوا واعفوا ولا تحملوا" وأخرجوه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند ، وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير . وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى : "أصبنا طعاما يوم خيرى فكان الرجل يحمىء فيأخذ منه مقدار مايكفيه ثم ينصرف" . وأخرج البيهقى عن هانىء بن كيث أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضى الله عنه : إنا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك ، فكتب إليه : دع الناس يأكلون ويعطون ، فن باع شيئا بذهب أو فضة فيه خمس لله وسهام للمسلمين . وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمتولونه ، فإن باعوا ردوا الفئ إلى الغنمة لأنه عوض عين مشتركة بين الغنائين استحقاقا (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل : إحداها أسلم الحربى في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهر على الدار . والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المقتولات إلى آخر ما سذكر . ثانيا أسلم في دار الحرب ثم خرج إلينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك في داره أو أولاده الصغار ، لأنه حين أسلم كان مستقيما فلما يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم ، وما أودع مسلما أو ذميا ليس فينا لأن يدهما يد صبيحة على ذلك المال فتندفع إحرار المسلم فرد عليه ، وما أودع حربيا فى ظاهر الرواية في . وعن أبي حنيفة أنه له لأن يده تخاف يده . وجه الظاهر أنها

قال (ومن أسلم منهم) إما احتاج المصنف إلى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فأسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فإن أولاده وأمواله كلها في ، والى ما نيل من الكفار بعد ماتضح الحرب أوزارها وتصير الدار دار الإسلام :

(أحرز بإسلامه نفسه) لأن الإسلام يتأق ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً (وكل مال هو في يده) لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له» ولأنه سبقت يده الحقيقة إليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذى)

ليست يدا صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله : وثالثاً مستأمن أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الأولاد الصغار والمال في "لأن تبأين الدارين قاطع للعصمة" ، فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم ، أما في غير الأولاد فظاهر ، وأما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتأين الدارين فكانوا من جملة الأموال . رابعها دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وأولاداً ثم ظهرنا على الدار فأنكل له إلا الدور والأرضين فإنها في "لأن يده صحيحة لأنه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لإحراز المسلمين إياها" ، فأما الأرضون فالوجه فيها ما سنذكر ، ومن قاتل من عبده في "وامراته الحبل الخرية وما في بطنها في" ووديعته ولو عند حره له لأنه مادام في دار الحرب فبده عليها . ولتأت إلى مسألة الكتاب قال : ومن أسلم منهم الخ ، قال المصنف : معناه في دار الحرب قيد به احترازاً عما أو أسلم مستأمن في دار الإسلام ثم ظهر على الدار فإن جميع ما خلفه فيها حتى صغاره في "على ما ذكرناه ، وهو بعد ذلك أهم من كونه نخرج إلينا أو لم يخرج إلينا ، والحكم المذكور يخص ما إذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آتفاً من أن الذي خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير بنيه ، فلا بد من تقييده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحيتل (يحرز نفسه وأولاده الصغار لأنهم مسلمون تبعاً وكل مال) بالنصب عطفاً على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقلوا (لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له» . قال محمد : حدثنا الثقة : حدثنا ابن أبي ليعة قال : حدثنا أبو الأسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من أسلم على شيء فهو له» وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور : حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث ، وهذا مرسل صحيح . وروى أبو داود عن أبيان بن عبد الله بن أبي حازم عن عثمان بن أبي حازم عن أبيه عن جده عن حمير بن العيلة «أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفاً ، فساقه إلى أن قال فدعاه : أي دعا النبي صلى الله عليه وسلم حميراً فقال له : إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماهم وأموالهم ، ثم ساقه إلى أن قال : وسألني الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فأنزل إياه وأسلم ، يعني السليمين ، وساقه إلى أن قال : فقالوا يارسول الله أسلمنا وأتينا حميراً ليندفع إلينا ماءنا فأبى ، فدعاه فقال : يا حمير إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماهم وأموالهم غادغ إلى القوم ماءهم ، وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه ، وحمير بن العيلة بعين المهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت ، ويقال ابن أبي العيلة (ولأنه سبقت يده الحقيقة إليه يد الظاهرين عليه) وقوله (أو وديعة) أو دعه (في يد مسلم أو ذى)

قوله (لأن الإسلام يتأق ابتداء الاسترقاق) لأنه يقع جزاء الاستنكاف عن عبادة ربه عز وجل ، فإنه لما استنكف عن عبودية ربه جازاء الله تعالى بأن صيره عبد عبده ، ولما كان مسلماً وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط ، واحتراز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء ، فإن الإسلام لا يتأق كما تقدم . قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالمعطف على مفعول أحرز .

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال» الحديث) أقول : أي مع مال (قوله فإن الإسلام لا يتأق كما تقدم) أقول : أي في هذا الباب . (قال المصنف : أو وديعة) أقول : حط على قوله في يده .

لأنه في يد صحبة محترمة ويده كيده (فإن ظهرنا على دار الحراب فعقاره في) وقال الشافعي: هو له لأنه في يده فصار كالمقول. ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة، وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر. وفي قول محمد هو قول أبي يوسف الأول هو كثيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما، وعند محمد تثبت (وزوجه في) لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام (وكذا حملها في) خلافا للشافعي. هو يقول إنه مسلم تبعاً كالمقتض. ولنا أنه جزؤها

لأنه في يد صحبة محترمة (بنصب وديعة (ويده) أي يد المودع (كيده) فإن ظهرنا على الدار فعقاره في*) وماله من زرع قبل أن يحصد لأنه تبع للأرض (وقال الشافعي: هو له لأنه في يده فهو كالمقول) ولم يذكروا خلافاً في شروح الجامع الصغير. ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كثيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما، وعند محمد تثبت) وحكاها شمس الأئمة على خلاف هذا فقال: فأما عقاره لا يصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أستحسن فأجعل عقاره له لأنه ملك محترم له كالمقول اهـ. وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيهما وعند أبي حنيفة هو في*، ووجهه ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعا سابلة لما في أيديهم، وظاهر ما ذكرناه من حديث أبيان يشهد لكونه غير في* فإنه قال لصخر حين منهم ماءهم: إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسياء مالا. والمراد من الماء الأرض التي فيها الماء لانفس الماء بخصوصه؛ ألا ترى إلى قوله أنزله فأنزله إياه، والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام «فلذا قالوها حصصوا مني دناءهم وأموالهم» بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث، لكن قد ضعف أبيان بخاصة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الأرض لأجله. قال (وزوجه في) لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها في*) وإن حكم بإسلامه تبعاً لخبر الأبوين ديناً (خلافا للشافعي). هو يقول إنه مسلم كالمقتض. ولنا أنه جزؤها

وقوله (في يد صحبة) احتراز عن يد الغاصب. وقوله (محترمة) احتراز عن يد الحرقي. قوله (وقيل هذا) أي كون عقاره (فيها) قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر (قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير، فإكان في يده من المال فهو له إلا العقار فإنه في* في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أستحسن في العقار أن أجعله له لأنه ملك محترم له كالمقول، وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد، إلا إن كان عنه أيضا روايتان فقد هان الخطب إذ ذاك. قوله (عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن اليد على البقاع إنما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الأحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغائبين فيها أقوى من يده لعليتهم، وعند محمد تثبت (وزوجه في*) لأنها كافرة لا تتبعه في الإسلام لأن المسلم يتزوج الكاتبة وتبقى كاتبة ولا تصير مسلمة تبعاً لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد (وكذا حملها في* خلافا للشافعي رضي الله عنه) في الحمل (هو يقول إنه) أي الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لا يشرق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهي قد صارت فينا بجميع أجزائها؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنتين

(قال المصنف: ولنا أن العقار، إلى قوله: وسلطانها) أقول: قوله وسلطانها مسطوح مل قوله أهل (قوله وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول: فيه شيء.

فيرى برقتها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لأنه حر لا نعدام الجزية عند ذلك (وأولاده الكبار في*) لأنهم كفار حرييون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده في*) لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم (وما كان من ماله في يد حربي فهو في*) غصبا كان أو ودية لأن يده ليست بمحرمة (وما كان غصبا في يده فليس هو في*) عند أبي حنيفة. وقال محمد : لا يكون فينا قال العبد الضعيف رحمه الله :

فيرى برقتها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره (كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزية وأولاده الكبار في*) لأنهم كفار حرييون (لا يتبعونه في الإسلام ، ولا خلاف في هذا (ومن قاتل من عبيده (فهو في*) خلافاً للأئمة الثلاثة ، والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله . ولاصحابنا أنه لما قاتل والفرس أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعاً لأهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى ماليتة بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو في*) لا رضاع يده بالغصب ، واليد التي خلقت ليست صحيحة ولا محرمة ، ولأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة ، قاله الفقيه أبو الليث .. وكذا إذا كان ودية عند حربي عنده خلافاً للأئمة الثلاثة في القصلين لإطلاق الحديث ، ولأن يوسف ومحمد في فصل الودية لأن يده المودع كيده ، ولو كانت في يده حقيقة لاتكون فينا فكذا إذا كانت في يده حكماً ، بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكماً : ولأن حنيفة أن يد الحربي ليست محرمة ، ألا ترى أنها لاتدفع يد الغائبين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم : وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل بعمل الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها ، كما أن التراب لما كان خلفاً عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوماً لعصمة صاحبه . أوجب بجوابين : أحدهما أن المال

في إعتاق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها ، فكما أن الحمل لا يصير عبداً عند إعتاق الأم مستثنى بحال ، فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الأم . وقوله (والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله إنه مسلم تبعاً ، وتقريره سلمنا أنه مسلم تبعاً لكن المسلم محل للتملك تبعاً لغيره ، كما إذا تزوج المبل أمة الغير يكون الولد رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بإسلام أبيه . وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر ، وكذلك قوله (وأولاده الكبار في*) ، ومن قاتل من عبيده في*) لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل الدار) . وأهل الدار في*) ، ومن لم يقتل فليس يبيع لأنهم أتباعه . وقوله (وما كان من ماله في يد حربي فهو في*) غصبا كان أو ودية لأن يده ليست بمحرمة) اعترض عليه بأن مقام غيره إنما يعمل بوصف الأصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ، ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترماً نظراً إلى نفسه لا غير محترماً نظراً إلى الحربي . وأوجب بأن قيام يد المودع على الودية حقيقة وقيام يد المالك عليها حكمي ، واعتبار الحكمي إن أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي بمنعها ، والعصمة لم تكن ثابتة لأن المال في أصله على صفة الإباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك ، وإنما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك الموصوم له حقيقة أو حكماً مع الاحترام ، لأنه بدون الاحترام يعارضها جهة الإباحة الأصلية فلا تثبت بالشك . وقوله (وما كان غصبا في يد مسلم) يختلف نسخ الهداية في هذا الموضع في بعضها وقع هكذا (وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في*) عند أبي حنيفة ، وقالوا لا يكون فينا ، قال رضي الله عنه :

(قوله وأوجب بأن قيام يد المودع (الح) أقول : خلاصة الجواب أن العمل بوصف الأصل إنما يكون إذا لم يكن له معارض ، وهاتين وجهي المعارض وهو الإباحة الأصلية (قوله مع الاحترام) أقول : أي احترام اليد الحقيقي .

كذلك ذكر الاختلاف في السير الكبير ، وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد ، لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيقبعها ماله فيها : وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ، ألا ترى أنها ليست بمنقومة

في الأصل غير معصوم بل على الإباحة ، وإنما ينضم تبعاً لعصمة مالكه ، وتبعيته له في العصمة إنما تثبت إذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكماً مع الاحترام وكلاهما متصف هنا ، وهذا عما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكيمة محترمة ، وغير المحترمة إنما هي يد الحربي الحقيقية . الثاني أن قيام يد المودع حقيقى وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكى ، فاعتبار الحكمى إن أوجب العصمة فالحقيقى يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك . ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم الإجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي ، والنص يوجب في ملكه العصمة بالإسلام . وأما ما كان غصباً في يد مسلم أو ذى فقال المصنف هو قول أبي حنيفة بخلافهما . أو قال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير : وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ : وقالوا لا يكون فينا إلى أن قال : وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد ، فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له . ثم قال في النهاية : إنه تتبع النسخ ، والصحيح منها أن يقال : وما كان غصباً في يد مسلم أو ذى فهو في عند أبي حنيفة . وقال محمد : لا يكون فينا لأن رواية السير الكبير على ما ذكر الإمام شمس الأئمة هكذا ، وكذا في المحيط ، ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد ، وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد ، لأن فخر الإسلام قال في الجامع : ولو كان ودعية عند حربي أو غصباً عند مسلم أو ذى أو ضائعاً فهو في ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقال : أبو يوسف ومحمد : لا يكون فينا ، وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والقرطبي وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيقبعها ماله . وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام)

كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير ، وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد) وهو ليس بصحيح لأنه ليس بملكور في السير الكبير بلفظ قال ، بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا ، وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضى الله عنه وهو أيضاً ليس بصحيح لأن المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو في عند أبي حنيفة ، وقال محمد : لا يكون فينا . قال رضى الله عنه : كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير ، وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد ، وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بإسلامه فيقبعها ماله فيها . ولأبي حنيفة أنه أى المال الذى غصبه المسلم أو الذى من الحربي الذى أسلم) ماله مباح) لأنه ليس بمعصوم لعدم الإحراز حقيقة وحكماً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكماً فلا لأنه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بتائب ، بخلاف المودع وكل مان مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف . وقوله (والنفس لم تصر معصومة بإسلامه) جواب عن قولهما وقد صارت معصومة بإسلامه . وتقريره : لأنهم لم يسموها معصومة بإسلامه . (ألا ترى أنها ليست بمنقومة) حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب . فإن قيل : لو لم تكن معصومة لما كانت محرمة التعرض كالحربي وليس كذلك .

(قوله لعدم الإحراز) أقول : أى لعدم إحراز الحربي الذى أسلم (قوله وتقريره لأنهم لم يسموها معصومة) أى : لظاهر أن مراحها معصومة للنفس عن إتيان اليه ، وظاهر أنه لا مجال للمنع .

الأ أنه محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا وإباحة التعرض بعارض شره . وقد اندفع بالإسلام ، بخلاف المال لأنه خلق غرضية للامتنان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة (وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يميز أن يعلقوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لأن الضرورة قد ارتفعت والإباحة باعتبارها ، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه . ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام (ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة) معناه إذا لم تقسم . وعن الشافعي مثل قولنا . وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالملتصص . ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت ، بخلاف الملتصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده ، وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء ، وانتفعوا به إن كانوا غاويج

بل معه بسبب اندفاع شره به فلأنما هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا جمل الأمانة (وإباحة التعرض) كان (بعارض شره) فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل (بخلاف المال فإنه خلق غرضية للامتنان فكان محلا للتملك) في الأصل (وليست في يده) حال الغصب لاحقية ولا حكما فليس في يده أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف ماله وكان في يد المسلم أو الذي ودية فإنه في يد ماله حكما مع الاحترام فلم يكن فينا وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضي أن يزول ملكه إلى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا ، اللهم إلا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست في يده حكما) أنه على تأويل الأموال [فروع] أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لم لأنه مال أسلموا عليه ، ولو كان ذلك العبد جنيا أو أتلغ متاعا فلزمه قيمته بطلت الجنابة ، ولزم الدين لأن حق ولي الجنابة في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ، ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجنابة ، فأما الدين ففي رقبته فلا يبطل عنه بتبديل الملك ، وهذا لأن الدين شاغل لماليته ، فلما ملكه مشغولا به . فلو اشتره رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة : أي ولم يسلم مولاه فأعده المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجنابة لا تبطل عنه لأنه بعيدة إلى تقديم ملكه . وحق ولي الجنابة كان ثابتا في قديم ملكه ، ولو كانت الجنابة قتل عمد لم تبطل عنه بحال (قوله وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يميز أن يعلقوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت ، والإباحة) التي كانت في دار الحرب إنما كانت (باعتبارها ، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ، ولا كذلك قبل الإخراج) ، ومن فضل معه طعام أو علف رده إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسم (الغنيمة في دار الحرب بشرطه ، ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول (وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالملتصص) وهو الواحد الداخل أو

أجاب بقوله (إلا أنها محرم التعرض في الأصل) يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة ، وإنما هي باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض في الأصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به (وإباحة التعرض) إنما هي (بعارض شره . وقد اندفع بالإسلام) فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة بخلاف المال لأنه خلق غرضية للامتنان فكان محلا للتملك) فكان المقضي موجودا والمانع مستثيا لأن المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام ، وهذا ليس في يده حكما لأن يد الغاصب ليست بناتبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يده أحد فكان فينا . قوله (وإذا خرج المسلمون) ظاهر . وقوله (معناه إذا لم تقسم) يعني الغنيمة . وقوله (اعتبارا بالملتصص) فإنه إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا فهو لهم ، ولا ينحس لأنه ليس بغنيمة ، إذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا بإذن الإمام فهو مباح سبقت أيديهم إليه . قوله (وبعد القسمة تصدقوا به) أي إذا جاءوا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الإمام

لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ، وإن كانوا انتصوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لاشيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه .

(فصل في كيفية القسمة)

قال (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى - فإن لله خمسة - استثنى الخمس (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) لأنه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين

الاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئاً فأخرجه يختص به . قلنا : مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص لأنه دائماً أحق به قبل الإخراج وبعده ، وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه إن كان قائماً بقيمته إن كانوا بأعوه . هذا إن كانوا أغنياء ، وإن كانوا محايير فقرأ انتصوا به إن كان قائماً (لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لتفرقهم ، وإن كانوا تصرفوا فيه فلا شيء عليهم ، وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدق بها الغني لا الفقير (لقيام القيمة مقام الأصل) وأخذها حكمه .

(فصل في كيفية القسمة)

قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع بين قسمتها ، ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها ، وإنما أفردته بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام . والقسمة جعل النصيب الشائع محلاً معيناً (قوله ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها) أي عن القسمة بين الغانمين (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) هذا قول القلوري . وقال المصنف (لقوله تعالى - فإن لله خمسة - استثنى الخمس) أي الله تعالى أخرج الخمس

الغنيمة في دار الإسلام تصدقوا به . ويقال رجل محوج : أي محتاج ، وقوم محايير . وقوله لتعذر الرد على الغانمين : يعني لتفرقهم . وقوله (فأخذ حكمه) أي أخذت الغنيمة حكم الأصل ، وإنما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل ما يقوم أو على تأويل المذكور : يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائماً بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكلما يحل له التناول من قيمته لأن الغنيمة تقوم مقام الأصل .

(فصل في كيفية القسمة)

لما بين أحكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها ، والقسمة عبوة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى - فإن لله خمسة - استثنى الخمس) أي أخرجه ، استعمار الاستثناء للإخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فلأن الله تعالى قال - وأعلموا أنما غنمتم من شيء - أضاف الغنيمة إلى الغانمين وهم الغزاة ، ثم قال تعالى - فإن الله خمسهم فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة ، وقد عرف ذلك في أصول الفقه . وأما السنة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ، ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع فيقسم بينهم أيضاً إيصالا للحق إلى مستحقه .

(فصل في كيفية القسمة)

(قوله ثم قال - فإن لله خمسة - فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة) أقول : كقوله تعالى - وورثه أبواه فلائه الثلث - (قوله ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع) أقول : في العبارة مساعة ، وكان الظاهر أن يقول : ولأن الإجماع فلاه الثلث .

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (وقالا: للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه، لما روى ابن عمر رضي الله تعالى عنه وأن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ولأن الاستحقاق بالبناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لأنه للكر والفر والنبات والراجل للثبات لا غير. ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً» فتعارض فعلاه، فيرجع إلى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام «للفارس سهمان وللراجل سهم» كيف وقد روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين»

من أن ثبت حق الفاتحين فيه فكان استثناء معنى للإخراج، وهو من استثنيت الشيء: أي زويته لنفسه، فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس داخل في قسمته، إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسة لليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سياتي، ويعطى الأربعة الأخماس للفاتحين (فمعد أبي حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم) وعندهما وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لم يروى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين ولصاحبه سهماً. لفظ البخاري وأخرجه الستة إلا النسائي. وفي مسلم عنه «قسم في النفل للفارس سهمين وللراجل سهماً» وفي رواية بإسقاط لفظ النفل. وفي رواية «أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه» وهذه الألفاظ كلها تبطل قول من أول من الشرح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان، بل في بعض الألفاظ القائلة «قسم خير على ثمانية عشر سهماً، وكانت الرجالة ألفاً وأربعمائة والخيل مائتين» وعن ابن عباس مثله (ولأن الاستحقاق بالبناء) وهو بالمد والفتح الإجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكر) أي الحملة على الأعداء (والفر) الكائن للكرة أو للنجاة في موضع يجوز الفرار، وهو ما إذا علم أنه مقتول إن لم يفرسكي لا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى - ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة - والنبات وليس للراجل إلا الثبات) فأغنى في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها. واستدل المصنف لأبي حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً وهو غريب من حديث ابن عباس، بل الذي رواه إسحاق بن راهويه في مسنده قال: حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان، حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال: «أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً». وأخرجه أيضاً من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس، وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس

ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهماً (عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالوا: وهو قول الشافعي رضي الله عنه للفارس: ثلاثة أسهم) ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالمد والفتح الإجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار، والفرار إذا كان لأجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد، والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب المنهي المذكور في قوله تعالى - ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة - (ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ظاهر، ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا وتعذر التوفيق والرجوع يضار إلى ما بعده لا إلى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المهود في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق:

ولذا تعارضت روايته ترجح رواية غيره ،

برواية غير واحد من الأئمة ، لكن في هذا الباب أحاديث : منها ما في أبي داود عن جميع بن يعقوب بن جميع ابن يزيد الأنصاري قال : قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن عمه جميع بن جارية الأنصاري ، وكان أحد القراء الذين قرءوا القرآن ، قال : « شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما انصرفنا عنها إذ الناس يهزون الأباخر ، فقال بعض الناس لبعض : ما للناس ؟ قالوا : أوحى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرجنا مع الناس نوجف ، فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع النخيم ، فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم - إنا فتحنا لك فتحا مبينا - فقال رجل : يا رسول الله أفتح هو ؟ قال نعم ، والذي نفس محمد بيده إنه لفتح ، فقسمت خيبر على أهل الحديبية ، فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سبعا ، وكان الجيش ألفا وخمسة فيهم ثلاثمائة فارس ، فأعطى الفارس سهمين وأعطى الرجل سبعا » قال أبو داود : وهذا وهم « ولما كانوا مائتي فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى صاحبه سبعا » وقال الشافعي : إنما قال : « فأعطى الفارس سهمين وأعطى الرجل »: يعني صاحبه ، فغلط الراوي عنه . وأعله ابن القطان بالخليل بحال يعقوب . وأما ابنه جميع الراوي عنه فتحة . ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فارس يقال له سبعة ، فأسمهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفارسهم واحد وله سهم . وفي سنده الواقدي . وأخرج الواقدي أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال : قال الزبير بن العوام : « شهدت بني قريظة فارسا فضرب في بسهم وفارس بسهم » وأخرج ابن مردويه في تفسيره : حدثنا أحمد بن محمد بن السري ، حدثنا المنذر بن محمد ، حدثني أبي ، حدثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن إسحاق قال : حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت : « أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق ، فأخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين ، فأعطى الفارس سهمين والرجل سبعا » : ومنها حديث : ابن عمر الذي عارض به المصنف . رواه ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا أبو أسامة وابن نمير قالا : « حدثنا عبيد الله بن نافع عن ابن عمر وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللرجل سبعا » اهـ . ومن طريقه رواه الدارقطني وقال : قال أبو بكر النيسابوري : هذا عندني وهم من ابن أبي شيبة ، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما روه عن ابن نمير خلاف هذا ، وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا : يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ، ثم أخرجه عن نعم بن حاد : حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أسهم للفارس سهمين وللرجل سبعا » ولا شك أن تعميقة وابن المبارك من أثبت الناس . وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الأعلى : حدثنا ابن وهب أخبرني عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخليل للفارس سهمين وللرجل سبعا » قال : وتابعه ابن أبي مريم وخالد ابن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العبدي . ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس ، ثم أخرجه عن حجاج بن منهل : حدثنا حماد بن سلمة ، حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللرجل سبعا » وخالفه النضر بن محمد عن حماد . ومن روى حديث عبيد الله متعارضا الكبرخي ، لكن رواية السهمين عنه أثبت . وروى الدارقطني أيضا في كتابه [الموتلف والمختلف] حدثنا عبد الله ابن محمد بن إسحاق المروزي ومحمد بن علي بن أبي روية قالا : حدثنا أحمد بن عبد الجبار ، حدثنا يونس بن بكير

وقوله (ولذا تعارضت روايته ترجح رواية غيره) أي سلمت عن المعارضة فيعمل بها : يعني رواية ابن عباس ،

ولأن الكرك والقر من جنس واحد فيكون غناؤه مثل غناه الرابجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سيبان النفس والفرس ، وللرابجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضيقه .

عن عبد الرحمن بن أمية عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللرابجل سهماً ، وإذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقاً نظراً إلى تعارض رواية غير ابن عمر أيضاً ترجح النفي بالأصل وهو عدم الوجوب ، وبالمعنى وهو (أن الكرك والقر جنس واحد) والثابت جنس فهما اثنتان للفارس وللرابجل أحدهما فله ضعف ماله ، ولأن الزيادة ليست إلا بالزيادة في الغناء ضرورة وإن تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة ، لأن كم من رابجل أنفع فيه من رابجل وفارس من فارس ، ولا يستنكر زيادة إغناء رابجل عن فارس ، فإنما (يدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سيبان) في الغناء بنفسه وفرسه (وللرابجل نفسه فقط) فكان على النصف ، وقول المصنف : (وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) . يريد ابن عباس وعلمت ما فيه . فلان قيل : المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة ، وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح . قلنا : قد سئنا غير مرة أن تكون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض أن رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري تحكم بعض لأننا نقول به ، مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما ، وذلك فيما قلنا يحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان إعمالها أولى من إهمال أحدهما بعد كونه سنداً صحيحاً على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الأعلى وذكرنا من تابعه . وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع إلى قوله : يعني قوله للفارس سهمان وللرابجل سهم وهو غير معروف ، وسخطي من عزاء لابن أبي شيبة ، ثم هو وزان ما تقدم له في مصدر السهو من قوله فتعارضت روايتاه فعمله وبقى التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من أنه يقيد أن المصير أولاً إلى الفصل ، فإذا تعذر التمسك به حيث لا يصر إلى القول وليس كذلك ، هذا ، وأعلم أن بخارج حديث الثلاثة أكثر ، فإنه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبي عمرة عن

وقوله (فيكون غناؤه مثل غناه الرابجل) لأن نفس الفرار ليس بمحمود ، بل الفرار إنما يحسن إذا فعل لأجل الكرك ، فيكونان من جنس واحد (ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والرابجل على رابجل آخر في الغناء ، والوقوف على تلك الزيادة متعذر لأنها تظهر عند المسابقة وكل منهم مشغول بروحه ، وإذا كان متعذراً وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (وللفارس سيبان نفسه والفرس ، وللرابجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضيقه)

(قال المصنف : فيكون غناؤه مثل غناه الرابجل الخ) أقول : قال الزيلعي : مع أننا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة ، ألا يرى أن تشاكى بالسلاح أكثر غناه من الأحرل ومع هذا لا تستحق به الزيادة ، ولأن الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الأصل ، وما روي محمود حل التنفيل كما روي أنه عليه الصلاة والسلام أصل سلية بن الأكرع رضي الله عنه سبب الفارس والرابجل ، وهو كان رجلاً أسيراً لطلحة ، والأجبر لا يستحق سهماً من النخبة ، وإنما أعطاه رخصاً بغده في القتال . وقال : وغير رجالتنا سلية بن الأكرع ، وغير فرساننا أبو قتادة ، فيه بحث إن ثبت فأنظر إلى شرح الإقتناع حيث قال : فلان قلت : السوق من أهل سوق السكر ، والأجبر لخدمة الغازي لا سهم لها إذا لم يقاتل كالبهيمة ، ثم إذا قاتل ينسب لها كما ينسب لسان الفزاة ، والبيد إذا قاتل لا ينسب له بل يرفع لها الفرق ؟ قلت : إن البهيمة تبع فأنظر رتبة غناتها حين القتال لأنه لا يحمية حيث حل ما كسائر الفزاة ولهذا سقط أجره زمان القتال مع الصدوق المسأجر . قال الزيلعي : الأجبر لا ينسب له لأنه دخل لخدمة المسأجر ولا يصح له أجر ونصيب في النخبة أم (قوله لأن نفس الفرار الخ) أقول : كان فيه إشارة إلى جواب قوله والفرار في موضعه محمود الخ ، فإنه متوخى ، ولا تسلم استلزام ترك ارتكاب النهي ، وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم .

(ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين ، لما روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين» ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر. ولهما «أن البراء بن أوس قاذ فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد» ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مقضيا إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس ،

أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مخلف في صحبته ، وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الأنماري واليزار من حديث المقداد ، وأخرجه إصحاق بن راهويه من حديث ابن عباس ، وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام ، وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير ، وأخرجه الدارقطني أيضا من حديث جابر ، وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة ، وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبي حمزة . وهي مع أنها لم تسلم من المقال منها مالا ينافي قول أبي حنيفة لأنك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنزيل في تلك الوقعة . ونص حديث ابن أبي عمرة : «أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعنا فرس» لا ينافيه ، وكذا حديث أحمد «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهما وفرسه سهمين» وكذا حديث جابر فإنه قال : «شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما» بل هذا ظاهر في أنه ليس أمره المستمر وإلا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه ، فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في أن غيرها لم يكن كذلك . نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير «أعطاني يوم بدر» وفي رواية له أخرى عنه «يوم خيبر» ولا تنافي ، إذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما . ومافي حديث سهل بن أبي حمزة «أنه شهد حينئذ فأسهم لفرسه سهمين وله سهما» . وفي حديث عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن إصحاق في غزوة بني قريظة «أنه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم ، له سهم وفرسه سهمان» لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام . وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة ، وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة هذا . وأما حديث أبي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إني جعلت للفارس سهمين وللغارس سهما» فن نقصهما نقصه الله تعالى ، فلم يصح لأنه رواية محمد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه وتوحيته (قوله ولا يسهم إلا لفرس واحد) أي إذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر ، وهذا قول مالك والشافعي (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم ، سهم له وأربعة أسهم لفرسيه . ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف ، وإنما هو في رواية الإمامة عنه . واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روى من حديث أبي عمرة عن بشر بن عمرو بن حصن قال : «أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسين أربعة أسهم ولى سهما فأخذت خمسة أسهم» رواه الدارقطني . ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق : أخبرنا إبراهيم بن يحيى الأسلمي ، أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول «أن الزبير حضر خيبر بفرسين ، فأعطاه النبي

(قوله ولا يسهم إلا لفرس واحد) واضح . وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع إلى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مقضيا إلى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم الواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس .

(قال المصنف : فلا يكون السبب الظاهر) أقول : أي لاستحقاق اللبته .

وما رواه محمول على التنزيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل

صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم ، وهذا منقطع ، وقد قبله الأوزاعي عن مكحول منقطعاً وقال به . وقال الشافعي في دفعه : وهشام أثبت في حديث أبيه ، إلى أن قال : وأهل المغازي لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ، ولم يحتفلوا أنه يعنى النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمريخ ، ولم يأخذ إلا لفرس واحد انتهى . يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير بن رضى الله عنهم قال : « أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهما لي من ذوى القرى » . ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال : « ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر الزبير بن العوام بأربعة أسهم : سهم له وسهم لأمه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه » وهذا أحسن إلا أن قوله أهل المغازي لم يرووا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك . قال الواقدي في المغازي : حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال : « كان مع الزبير يوم خيبر فرسان ، فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم » وقال أيضا : حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب « أن النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة أفراس لزاز والضرب والسكب » وقاد الزبير بن العوام أفراسا ، وقاد غراش بن الصمة فرسين ، وقاد البراء بن أوس فرسين ، وقاد أبو حمرة الأنصاري فرسين ، فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهما له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ، ويقال إنه لم يسهم إلا لفرس واحد ، وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه إلا لفرس واحد . إلى هنا كلام الواقدي مع اختصاره . وقال سعيد بن منصور : حدثنا فروح بن فضالة ، حدثنا محمد بن الوليد الزبيري عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح أن أسهم للفرسين سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة أسهم ، وما كان فوق الفرسين فهو جنائب . وقال سعيد أيضا : حدثنا ابن عياش عن الأوزاعي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين » . وأما ما ذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد فغريب ، بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله ، وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال : روى محمد بن علي بن قرين عن محمد بن عمر الملقب عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبي صعصعة عن البراء بن أوس « أنه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم » إلا أن هذه غرائب . وقال مالك في الموطأ : ألم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنزيل ، قال (كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال : قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله ، إلى أن قال : فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام : « خير فرساننا اليوم أبو قتادة ، وخير رجالتنا سلمة بن الأكوع ، ثم أعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل ، فجمعهم لي جميعا . » ورواه ابن حبان قال : وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسة عليه الصلاة والسلام لامن سهمان المسلمين . ورواه القاسم بن سلام وقال : كان سلمة قد استنقذ لنجاح النبي صلى الله عليه وسلم ، قال ابن مهدي : فحدثت به سفيان فقال : خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم . قال القاسم : وهذا

وقوله (وما رواه محمول على التنزيل الخ) استظهار في تقوية الدليل لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى

(والبراذين والعناق سواء) لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى - ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم - واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراق والمهجين والمقرف إطلاقا واحدا ، ولأن العربي إن كان في الطلب والحرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا (ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم القروان ، ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين ،

عندي أولى من جملة على أنه أعطاه من سهمه وإلا لم يسمى نفلا بل هبة . وخبر سلمة والقاح مفصل في السيرة (قوله والبراذين) وهي خيل المعجم واحدتها برذون (والعناق) جمع عتيق : أي كريم رائع وهي كرام الخيل العربية ، والبراذين والخيل العربية هما (سواء) في القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر ، وكذا لا يفضل العتيق على المهجين وهو مايكون أبوه من البراذين وأمه عربية ، ولا على المقرف وهو مايكون أبوه عربيا وأمه برذونة . قيل إنما ذكر هذا لأن من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا . وحجبتنا فيه ما ذكر في الكتاب من أن إطلاق الخيل يشملهما ، وكذا الإرهاب ، ولأن في كل خصوصية ليست في الآخر . فالعتيق إن فضل بعودة الكرم والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف ، وكونه ألين عطفا من العربي غير صحيح لأن هذا دائر مع التعلم ، والعربي أقبل للأدب من المعجمي من الخيل ، وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس المعجمي بعيد . ويمكن أن يكون ذكرهما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف . وفي سيرة ابن هشام : حدثني أبو عبيدة قال : كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى سلمان بن ربيعة الباهلي وهو بأرمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العرب على أصحاب الخيل المقارف في العطاء ، فعرض الخيل فرّا به عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان : فوسك هذا مقرف ، فغضب عمرو وقال : هجين عرف هجينا مثله ، فوثب إليه قيس : يعني ابن مكشوح فتوعده ، فقال عمرو :

أتوعلق كأنك ذو رعين بأفضل عيشة أو ذو نواس
وكائن كان قبلك من نسيم وملك ثابت في الناس رامي
قدم عهده من عهد حماد عظيم قاهر الجهورت قامي
فأمسى أهله باخدا وأمسى يحول من أناس في أناس

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أي هلك فقاتل راجلا (استحق سهم القروان . ومن دخل راجلا فاشترى) في دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل ، وجواب الشافعي على عكسه)

جواب عنه أو تأويل له (والبراذين والعناق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس المعجم ، والعناق الكرائم . يقال عناق الخيل والطير لكرائمه ، والعراق خلاف فرس المعجم . والمهجين مايكون أبوه من الكوادر وأمه عربية ، والكوادر البرذون ويشبه به البليد ، والمقرف عكس المهجين ، وإنما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعناق لأن أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا ، وحجبتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح . وقوله (ألين عطفا) بفتح العين . وكسرها ، فهي الفتح الإمالة ، ومعنى الكسر الجواب : قال (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا البيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو

(قوله والمقرف عكس المهجين الخ) أقول : في الصلح والقاموس : الإتراف من قبل الفضل ، والمجنة من قبل الأم ، فإني أفرح

وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني أنه يستحق منهم الفرسان . والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاورة ، وعنده حالة انقضاء الحرب . له أن السبب هو التهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاورة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت ، وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ، ولو تعلق أو تقرر على شهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال . ولنا أن المجاورة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام

في الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة) أي فيها إذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه أن له منهم فارس ، وظاهر المذهب الأول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاورة) أي مجاورة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب . له أن السبب) في استحقاق الغنيمة إذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاورة لأنها إنما هي (وسيلة إلى السبب) أي العلة الحقيقية (كالخروج من البيت) لقصد القتال في دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب ، وحالة الغازي عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر ، فكذا عند المجاورة ، والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الرجعة إلى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما إذا قاتل الصبي أو العبد أو غيرهما فإنهم يستحقون الرضخ ، فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة ، وأنه خير متعذر (ولو تعلق أو تقرر فيشهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال) من المجاورة (ولنا أن المجاورة نفسها من القتال لأنهم يلحقهم الخوف بها) والإغاطة ، (والحال بعدها حال بقاء القتال إلا أنه تنوع القتال إلى

وقت مجاورة الدرب عندنا . وقوله (وهكذا) أي نقول الشافعي رضي الله عنه (روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني) يعني ما إذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا ، وفي ظاهر الرواية لا يستحق منهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا في وقت إقامة السبب مقام ذلك حالة المجاورة) أي مجاورة الدرب . قال الخليل : الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مدخل الروم درب من دروبها ، لكن المراد بالدرب هاهنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الإسلام ودار الحرب ، حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حد دار الحرب ، ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الإسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أي تمامها وهذه رواية عنه ، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الواقعة ، ودليله يدل على ذلك ، وكان المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب إلى إحدى الروايتين عنه والدليل إلى الأخرى لأن قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال إشارة إلى حال شهود الواقعة لا إلى حال انقضائها . وقوله (والمجاورة وسيلة) رد للمدعي . وقوله (كالخروج من مبيت) يعني للقتال ، فإنه وسيلة إلى السبب ولا يعتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه راجلا أو فارسا ، وكذلك في هذه الوسيلة . وقوله (وتعليق الأحكام) جواب عما سذكر في تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر . وبيانه أن الأحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كالإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل ، وكذلك المرأة والعبد والذي ، ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الأحكام . ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا أو فارسا بحالته أي أقرب إلى القتال وهي شهود الواقعة لا بمجاورة الدرب (ولنا أن المجاورة نفسها قتال) لأن القتال أمر لفعل يقع به للمعسوف ، ومجاورة الدرب قهرا ، وشوكة تحصل لم الخوف فكان قتالا . وإذا وجد أصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لأن ذلك (حالة دوام القتال

(قال المصنف : ولنا أن المجاورة نفسها قتال) أقول : لم يجب من قول الشافعي وتعليق الأحكام الخ ، إذ هو أيضا لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال في استحقاق الغنيمة فليأتل .

ولا معتبر بها ، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكذا على شهود الواقعة لأنه حال التقاء الصفيين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بمحالة المجاوزة فارسا كان أو رجلا . ولو دخل فارسا وقاتل رجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ، ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو أجز أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة : وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا . ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا إذا باع في حالة القتال عند البض . والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته

المجاوزة إلى دارهم ، وسلوكهم قهرا بالمنة لإهلاكهم وإلى حقيقة المسابقة (ولا معتبر بحال الدوام ، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكذا على شهود الواقعة لأنه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره ، بخلافه في حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فأدير في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي إلى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة . وأما ما قيل في العمل بأن الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للهمة فليس بصحيح ، بل يجب قبولها لأن الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يمر بذلك فعلا لنفسه بل ضررا فإنه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر ، وشركته في أصل المغم ليست متوقفة على شهادته هذه ، ألا يرى إلى ما في الحديث من قول أبي قتادة : من يشهلي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حين ؟ فشهد له واحد فأعطاه إياه ، وقال عليه الصلاة والسلام : من قتل قتالا له عليه بيعة ولا بيعة لأهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل رجلا لضيق المكان) أو لمشجرة أو لأنه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها إذا خلص إلى برهم فلا قومهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب) وسلمه (أو أجزه أو رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة ، وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به ، وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا إذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الأصح أنه يسقط) لأنه ظهر أن قصده التجارة وإنما انظر حالة العزة . وعورض بأن تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لأن تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن ، فبيعه فيها دليل أنه عن له غرض الآن فيه ، إما لأنه وجده غير موافق له فرما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ، ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من المقود حالة القتال ليكون بيعه إذ ذلك انظارا لحالة الرغبات في الشراء . وفي المحيط : لو جاوز فرسا لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان ، وإن كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ، ولو جاوز على فرس مغضوب أو مستأجر أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الواقعة رجلا ففيه روايتان :

ولا معتبر بها) لأنه لا يمكن تعليق الحكم بنوام القتال لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسا دائما لأنه لا بد له من أن ينزل في بعض المضايق خصوصا في المشجرة أو في الحصن أو في البحر : وقوله (ولأن الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا .

(ولا يسهم للملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذئ ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام) لما روى : أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ، ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة : يعنى أنه لم يسهم لهم ، ولأن الجهاد عبادة والذى ليس من أهل العبادة ، والصبي والمرأة عاجزان عنه ولذا لم يلحقهما فرضه ، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه ، إلا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع إظهار انحطاط رتبهم ، والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال

في رواية له سهم فارس ، وفي رواية سهم راجل . ومقتضى كونه جاوز بفارس لقصد القتال عليه ترجيح الأولى ، إلا أن يزداد في أجزاء السبب بفارس مملوك وهو ممنوع ، فإنه لو لم يسترده المغير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم للملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذئ ولكن يرضخ لهم) أى يطون قليلا من كثير ، فإن الرخصة هي الإعطاء كذلك ، والكثير السهم ، فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الإمام) وسواء قاتل العبد بإذن سيده أو بغير إذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب . وقد استدلل المصنف بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ . أخرجه مسلم : كتب نجدة بن عامر الحنظلي إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المعركة هل يقسم لهما ؟ فكتب إليه : أن ليس لهما شيء إلا أن يجليا ، وفي أبي داود عن يزيد بن هرمز : كتب نجدة الحنظلي إلى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : أنا كتبت كتاب ابن عباس رضى الله عنهما إلى نجدة ، قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما أن يضرب لهن سهم فلا ، وقد كان يرضخ لهن . وأخرج أبو داود والترمذي ومصححه عن عمر مولى أبي اللحم قال : شهدت خيبر مع سادتي ، إلى أن قال : فأخبرني مملوك فأمرني بشيء . وأما ما في أبي داود والنسائي عن جدلة حشرج بن زياد أم أبيه أنها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبعث إلينا فبحثنا فزينا في وجهه الغضب فقال : مع من خرجت ؟ وبأذن من خرجت ؟ فقال : يا رسول الله خرجنا ننزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقى السويق ، فقال : فمن حتى إذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال ؟ وبه قال الأوزاعي . وقال الخطابي : إسناده ضعيف لا تقوم به حجة . وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من روايته . وقال الطحاوي : يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استطاب أنفس أهل الغنيمة . وقال غيره : يشبه أنه إنما أعطاهن من الخمس الذي هو حقه . وهذا ويمكن أن يكون كون التشبيه في أصل العطاء ، وأرادت بالسهم ماخصص به . والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال ، وإنما لم يبلغ بهؤلاء الرجال منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان ، لأنهم أتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير التفرع العام في غير الصبي ، ويزيد الذي بأنه ليس أهلا له لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها . ومن الأمور الاستحسانية إظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبعية والأصل بخلاف السوق في العسكرية والمستأجر لحكمة الغزاة إذا قاتلا حيث يستحقان سهمًا كاملا ، وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الأجير لأنهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعًا في حق الحكم بل في السفر ونحوه . ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل إخراج الخمس ، وهو قول الشافعي رحمه الله وأحمد ، وفي قوله له وهو رواية عن أحمد من أربعة الأَخماس ، وفي قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود إلى الرق ، وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم .

ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل الخدمة المولى فصار كالتاجر، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لأنها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال ، بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال ، والذي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين ، إلا أنه يزداد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد والأول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

قول للشافعي رحمه الله: من خمس الخمس ، وقال مالك رحمه الله : من الخمس (ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل) وكذا الصبي والذمي لأنهم يقتلون على القتال إذا فرض الصبي قادراً عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه ، بخلاف المرأة فإنها تعطى بالقتال وبالخدمة لأهل العسكر وإن لم تقاتل لأنها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها ، والأمان يثبت بالشبهة احتياطاً فيه ، ولا يرد إعطاء الذي إذا لم يقاتل ، بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رخصاً بل بمقام الأجرة ولهذا يزداد على السهم إذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه ، بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد ، ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصححه له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف . قالوا : والسهم مرفوع البتة لأنه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل ، وهذا على قول الأكثر ، وأما من يميز إقامة الظرف والجور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به . وهل يستعان بالكافر عندنا إذا دعت الحاجة جاز ، وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر ، وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها « أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة ، فقال له عليه الصلاة والسلام : تؤمن بالله ورسوله ؟ قال لا ، قال : ارجع فلن نستعين بمشرك » الحديث « إلى أن قال له في المرة الثالثة نعم ، » قال : انطلق » وعن حبيب بن إساف قال : « أتيت أنا ورجل من قبى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزواً ، فقلت : يا رسول الله إنا نسحق أن يشهد قومنا مشهداً لانشهدهم معهم ، فقال : أسلمان ؟ فقلنا : لا ، فقال : إنا لاستعين بالمشركين ، قال : فأسلمنا وشهدنا معه . قال : فقتلت رجلاً وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك ، فكانت تقول : لاعلمت رجلاً وشعلك هذا الوشاح ، فأقول : لاعلمت رجلاً عجل أباك إلى النار » .

رواه الحاكم وصححه . وقول المصنف : ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة : يعني لم يسهم لهم بفيد معارضة هذه الأحاديث ، والمذكور في ذلك حديث أبي يوسف رحمه الله : أخبرنا الحسن بن عمار عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال : « استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم » . ولكن تفرق به ابن عمار وهو مضعف . وأسند الواقدي إلى عيصبة قال : « وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزاهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ، ويقال أحداهم ولم

(قوله لأنها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهر . واعترض عليه بأنها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لأنه إنما يصح من يخاف منه القتال لقدرته على القتال . وأجيب بأن الأمان حصته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال ، بل تثبت بشبهة القتال لأنه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بما لها وعبيدها ، وأما السهم من الغنيمة فلإنما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والأول ليس من عمله) أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملاً كسائر الأعمال فيبلغ

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ، ولا يدفع إلى أغنيائهم) وقال الشافعي : لم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون لبنى هاشم وبني المطلب دون غيرهم

يسهم لهم . وأسند الترمذي إلى الزهري قال : أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه ، وهو منقطع وفي سنده ضعف ، مع أن يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ، ولا شك أن هذه لا تقام أحاديث المنع في القوة فكيف تعارضها ، وقال الشافعي رحمه الله : رده صلى الله عليه وسلم للمشرك والمشركون كان في غزوة بدر ، ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك ، فالرد إن كان لأجل أنه خير بين أن يستعين به وأن يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر ، وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخ ما بعده ، ولا بأس أن يستعان بالمشركون على قتال المشركين إذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ، ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ، ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أى الذى تقدم أنه يخرجها أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لا فعل لهم ، هذا رأى الكرخي ، وسأى رأى الطحاوى أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم ، واليتيم صغير لا أب له ، والمساكين منهم في سهم المساكين ، وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى في أبناء السبيل . فإن قيل : فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاؤه بالفقر والمسكنة لأبائهم . أجيب بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لأن استحقاها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ، ومثله ما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور : لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن . أجاب بأن أهماء بعض الناس قد تغضى إلى أن الفقير منهم لا يستحق لأنه من قبيل الصدقة ولا محل لهم . وفي التحفة : هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لأجل سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات (وقال الشافعي : لذوى القربى خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم) ويقول الشافعي قال أحمد . وعند مالك الأمر مقوض إلى رأى الإمام إن شاء قسم بينهم وإن شاء أعطى بعضهم دون بعض وإن شاء أعطى غيرهم إن كان أمر غيرهم أهم من أمرهم (ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبنى هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب ، فالخلاف في دخول الغنى من ذوى القربى وعلمه . وقال المزني والثوري : يستوى فيه الذكر

أجره بالغ ما بلغ . قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى في الأصناف الثلاثة ، ومعنى هذا الكلام أن أبناء ذوى القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ، ومساكين ذوى القربى يدخلون في سهم المساكين ، وأبناء السبيل منهم يدخلون في أبناء السبيل . وسبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج ، غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتيم والمسكنة وكونه ابن السبيل ، ثم إنهم مصارف لاستحقاق حتى أنه لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات (ولا يدفع إلى أغنيائهم ، وقال الشافعي رضى الله عنه : لم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبنى هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من بني عبد شمس وبني نوفل .

لقوله تعالى - ولدى القري - من غير فصل بين الغنى والفقر . ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة . وقال عليه الصلاة والسلام « يا معشر بنى هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء .

والأئمة ، ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر إطلاق النص (له إطلاق قوله تعالى - ولدى القري - بلا فصل بين الغنى والفقر) ولأن الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فإنهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الإطلاق كقولنا ، وذلك لأن اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها ، بخلاف ذوى القربى ، ثم لا تنفى مناسبتها بالغنى لأنه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة) ثم إنه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان إجماعا ، إذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والكلام في إثباته ، فروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم : لله والرسول سهم ، ولدى القري سهم ، ولليتامى سهم ، وللمساكين سهم ، ولابن السبيل سهم ، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضى الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل . وروى الطحاوى عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق قال : سألت أبا جعفر : يعنى محمد بن علي فقلت : رأيت على بن أبي طالب رضى الله عنه حيث ولى العراق وما ولى من أمر الناس كيف صنع في سهم ذوى القربى ؟ قال : سلك به والله سبيل أبي بكر وعمر ، فقلت : وكيف وأنتم تقولون ما تقولون ؟ قال : أما والله ما كان أهله يصيدون إلا عن رأيه ، قلت : فما منه ؟ قال : كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبي بكر وعمر انتهى . وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه ، وبه تصح رواية أبي يوسف عن الكلبي ، فإن الكلبي مضاعف عند أهل الحديث إلا أنه وافق الناس ، وإنما الشافعي يقول : لا إجماع بمخالفة أهل البيت ، وحين ثبت هذا حكما بأنه إنما فعله لظهور أنه الصواب لأنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما ، وقد علم أنه يخالفهما في أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الأولاد وغير ذلك ، فحين وافقهما علمنا أنه رجع إلى رأيهما إن كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه . وبهذا يندفع ما استدلل به الشافعي عن أبي جعفر محمد بن علي قال : كان رأى علي في الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر . قال : ولا إجماع بدون أهل البيت لأننا نمنع أن فعله كان قبيح من أن ينسب إليه خلافهما ، وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم في اعتقاده فلم يكن منه إلا لرجوعه وظهور الدليل له ، وكذا ماروى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان في الأول كذلك ثم رجع ، ولئن لم يكن رجع فالأخذ بقول الراشدين مع اقتراحه بعدم التكثير من أحد أولى . فإن قيل : لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى أصلا لأن الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق ، وهو مخالف للكتاب ولفعلة عليه الصلاة والسلام لأنه أعطاهم بلا شبهة .

(لقوله تعالى - ولدى القري - من غير فصل بين الغنى والفقر) فيشتركان (ولنا أن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان إجماعا . وقوله (وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم) دليل على أنه لم يصرف إلى أغنيائهم شيء لأنه قال (ويبقى هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء) يعنى أن المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى الأغنياء ، فكذا يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ؛ ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال : « إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام ، وشبك بين أصابعه » دل على أن المراد من النصر قرب النصر لا قرب القرابة .

أجاب على قول الكرخي أن الدليل « دل » على أن السهم الفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام « يامعشر بني هاشم » الحديث ، وهو بهذا اللفظ غريب ، وتقدم في الزكاة : وأسند الطبراني في معجمه : حدثنا معاذ بن المني ، حدثنا مسدد ، حدثنا معتمر بن سليمان ، وساق السند إلى ابن عباس قال : بعث نوفل بن الحرث ابنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما : انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات ، فأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبراه بما جئهما ، فقال لهما : « لا يحمل لأهل البيت من الصدقات شيء ولا غمالة الأيدي ، إن لكم في خمس الخمس ما يفيكم ويكفيكم » . ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره : حدثنا أبي ، حدثنا إبراهيم بن مهدي المصيصي ، حدثنا معتمر بن سليمان به لفظ « رغبت لكم عن غسالة أيدي الناس إن لكم من خمس الخمس ما يفيكم » وهو إسناد حسن ، ولفظ العوض إنما وقع في عبارة بعض التابعين ، ثم في كون العوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه العوض ممنوع ، ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى - ولذي القربى - فقراء ذوى القربى ، فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرا ، وينافي اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين إياهم مطلقا ، كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوى القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم ، وكذا ينافي إعطاؤه عليه الصلاة والسلام الأغنياء منهم ، كما روى « أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون . وقول المصنف (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني ، لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لأن الحاصل حينئذ

الغنائم لا يدفع إليهم لأن العوض إنما يثبت في حق من فات عنه العوض وإلا لا يكون عوضا لذلك العوض . فإن قيل : هذا الحديث إما أن يكون ثابتا صحيحا أولا ، فإن كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنهم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالف منكم للحديث الثابت الصحيح ، وإن كان الثاني لا يصح الاستدلال به ؟ أجيب بأن لهذا الحديث دلتين : إحداهما إثبات العوض في المحل الذي فات عنه العوض على ما ذكرنا . والثانية جعله على خمسة أسهم ، ولكن قام الدليل على انتفاء قبضة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ، ولم يبق الدليل على تغيير العوض من فات عنه العوض فقلنا به ، كما تمسك الخمس على تكرار الصلاة على الجنائز بما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حزة سبعين صلاة » وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ، ولكن يقول للحديث دلتان ، فإحداها باقية وإن انتفت الأخرى . فإن قيل : لو كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي عليه الصلاة والسلام ، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بني هاشم وبني المطلب . أجاب بقوله (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ؛ ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال : إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام ، وشبك بين أصابعه) وقصته ما روى عن جبير بن مطعم أنه قال « لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى بين بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس ، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا نترك فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم ، فإياك إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركنا وقرابتنا واحدة ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : أنا وبني المطلب لا نفرق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد ، وشبك بين أصابعه وأشار إلى نصرتهم » وإذا كان كذلك (دل على أن المراد بالنصر) أعني قوله ولذي القربى (قرب النصر لا قرب القرابة) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال ، يشير إليه قوله :

أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته ، وذلك لا يخص الفقير منهم ، ومن الأغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوه ، وهو خلاف ما نقلتم عنهم أنهم لم يعطوه بل حصروا القسمة في الثلاثة . ويعكر ماسويوه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهما مع أنه لم يعرف إعطاء عمر بغير الفقر مرويا ، بل المروى في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب : حدثنا جبير ابن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا لبنى نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبنى هاشم وبني المطلب . قال : وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، غير أنه لم يكن يعطى قري رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه . وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال : « اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتي كي لا يئازرني أحد بعدك فافعل ، قال : ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر آذاه مال كثير ، ففعل حقنا ثم أرسله إلى » فقلت : بنا العام غني وبالمسلمين إليه حاجة فارده عليهم ، فرده ثم لم يدخني إليه أحد بعد عمر ، ففعلت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال : يا علي " حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا وكان رجلا ذاهيا " فهذا ليس فيه تقييد الإعطاء بغير المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال : وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم للزوى القري ، وفي حديث علي " أنه قسم لهم ، وحديث جبير صحيح ، وحديث علي لا يصح انتهى . والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوى القري أن القري بيان مصرف لاستحقاق على ما هو المذهب ، ولا لم يميز لهم منهم بعده عليه الصلاة والسلام ، وذلك أن ذوى القري وإن قيدت بالنصرة الموارزة في إجمالية فإنهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوه ، فلما لم يعطوه كان المراد بيان أنهم مصارف : أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصاد على صنف واحد ، كان يعطى تمام الخمس لأبناء السبيل ، وأن يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه إلى غيرهم ، خصوصا وقد رأوهم أغنياء متمولين إذ ذاك ورأوا صرفه إلى غيرهم أنفع . ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قلنا ، ويلغى قول الطحاوي إنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة يمنع كون الخمس كذلك ، بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لآخئ لنا لزمنا أدائه طاعة له ليصير نكاحا ، ويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته ، فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل ، لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القري مصرفا غير أن الخلفاء لم يعطوه اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه ، لأنه لو كان الغنى مصرفا صح الصرف إليه ، وأجز لأن المصروف من حيث إذا صرف إليه سقط الواجب به وليس غنى ذوى القري عندهم كذلك . هذا وأما أنه يكون لبنى هاشم وبني المطلب دون غيرهم لأن كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده إلى سعيد بن المسيب قال : أخبرني جبير بن مطعم قال : « فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القري في بني هاشم وبني المطلب وترك

ولا نفر في جاهلية ولا إسلام » ولهذا يصرف للنساء والدراري . وإذا ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا القرابة وقد انتهت النصرة انتهى الإعطاء لأن الحكم ينتهي بانتهاء علته .

قال (فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه ، وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصبي) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسائله ولا رسول بعده ، والصبي شيء كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية .

بنو نوفل وبنو عبد شمس ، فأنطلقت أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لأنكر فضلهم للموضع الذي وضعت الله فيهم ، فأبال إخواننا بني المطلب أعطيهم وتركنا وقربائنا واحدة ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : إنا وبنو المطلب لا نفرق في جاهلية ولا إسلام ، وإنما نحن وهم شيء واحد ، وشبك بين أصحابه ، أشار بهذا إلى نصرته إياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية ، فإنه ليس إذ ذاك نصر قتال فهو يشير إلى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم ، والقصة في السيرة شهيرة . وعن هذا استحققت ذرايعهم مع أنهم لا يتأق من قتال . وشرح قوله قربائنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد ، أعني عبد مناف له أولاد هاشم الذي من ذرية النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس ، فكان قرابة كل من نوفل وبنو عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة ، فقتضى استحقاق ذوى القربى أن يستحق الكل على قول الشافعي أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا ، فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ، ومنع الراشدين لم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل لأنهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا (قوله فأما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول ، فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد ، فإنه ليس المراد من قوله تعالى - فإن لله خمسة وللرسول - ولكذا وكذا أن له سبحانه سهماً كما لكل من الأصناف سهم ، بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام ليتركه به بذكر اسمه تعالى - فإن لله ما في السموات وما في الأرض - فسهم الله تعالى ورسوله واحد . وقال أبو العالية : سهم الله ثابت يصرف إلى بناء بيته الكعبة إن كانت قرية ، وإلا فإلى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس . ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكر ، فإن هذا التفسير روى عن ابن عباس رضي الله عنه . رواه الطبراني في تفسيره عن أبي كريب : حدثنا أحمد بن يونس ، حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهدل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قرأ - واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة - ثم قال : فإن لله خمسة مفتاح الكلام - لله ما في السموات وما في الأرض - وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال : هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة ، وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرفت ذلك الخمس في خمسة » ، فعلى قول هذا القائل تكون في ستة (قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصبي) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسائله ولا رسول بعده ، والصبي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية) قبل القسمة وإخراج الخمس كما اصطفى

قال (فأما ذكر الله تعالى في الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة في النص فقال : فأما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى - فإن لله خمسة - (فإنه لافتتاح الكلام تبركاً بذكره) وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصبي (بالإجماع) لأنه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسائله لأن الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة (ولا رسول بعده . والصبي شيء كان يصطفيه لنفسه لأصل الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر ، واصطفى

وقال الشافعي : يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لما روينا . قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله : هذا الذى ذكره قول الكرخي . وقال الطحاوى : سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع ، ولأن فيه معنى الصدقة نظرا إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة . وجه الأول

ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به على رضى الله عنه بعد أن قتل منها ثم دفعه إليه ، وكما اصطفى صفية بنت يحيى بن أخبط من غنيمة خيبر . رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه (وقال الشافعي رحمه الله : يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة) لأنه إنما كان يستحقه بإمامته لا برسالته . قال المصنف (والحجة عليه ما قدمناه) أى من أن الخلفاء الراشدين إنما قسموا الخمس على ثلاثة ، فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لأنفسهم ، ولم ينقل ذلك عن أحد ، وأيضا فهو حكم علق بمشقة وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة . وأما قول المصنف وسهم ذوى القربى الخ فقد تقدم ما يفي فيه . وقوله (كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) يعنى ما تقدم من حديث جبير بن مطعم (وبعده بالفقر) لا يفتى ضيقه فإن قوله تعالى - ولدى القربى - إما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والمراعاة فيه فتكون المصارف مطلقا في الحياة وبعد الممات ، وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك : أى في حياته وبعد مماته ، فليس الوجه فيه إلا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة بمصارف كثيرهم ، غير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيارا لأحد الحائزين له ، لا أن العرف إليهم كان واجبا عليه ، كما أنه يجوز أن يقتصر

صفية من غنائم خيبر (وقال الشافعي رضى الله عنه : يصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة ، والحجة عليه ما قدمناه) أنه كان يستحقه برسالته . وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة . لإيقال : قوله وسهم ذوى القربى وقع مكررا حكما وتعليلا ، لأننا نقول : ما ذكره أولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أمهم ، وهذا نقل لكلام صاحب القدورى . قال : أى القدورى (وبعده) أى بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أى استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي) وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع) يعنى قوله : ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه على ثلاثة ، ولا يظن بهم أنه خفى عليهم النص أو منعوا حق ذوى القربى فكان لإجماعهم دالا على أنه لم يبق استحقاق لأغنيائهم وفقرائهم . ومنع الشافعي رضى الله عنه الإجماع ، وسنده ما روى عن أبي جعفر محمد بن علي رضى الله عنهم قال : كان رأى علي في الخمس رأى أهل بيته ، ولكن كره أن يخالف أباه بكر وعمر رضى الله عنهما والإجماع بدون أهل البيت لا يتخذ . قلنا : لا يلحق للمجتهد أن يترك رأى نفسه برأى مجتهد آخر استحشاه له ، فإن ثبت ما روى دل أنه كره المخالفة لأنه رأى الحجة معهم فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولأن فيه) أى في سهم ذوى القربى (معنى الصدقة) لأن الهاشمي الذى يصرف إليه فقير ، إذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه إليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا ، فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوى القربى إياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله ، وقد مر في باب الزكاة ، وهذا الدليل إن كان بالنسبة إلى أصحابنا فهو تام ، وإن كان بالنسبة إلى الشافعي رضى الله عنه فليس بذلك ، لأن كون المصرف فقيرا ليس إلا في حيز النزاع عنده فإنه يسوى بين الغنى والفقير (وجه الأول) يعنى قول الكرخي ،

وقيل هو الأصح ما روى أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم ، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة (وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب بمغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا لم يخمس) لأن الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظليفتها ، ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان ، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لم الإمام فقد ألزم نصرته بالإمداد فصار كالمنعة (فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئا خمس وإن لم يأذن لم الإمام) لأنه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خلفهم كان فيه وهن للمسلمين ، بخلاف الواحد والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرته .

على مصرف دون مصرف ، ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف إلى غيرهم . وأما فقراؤهم فالأولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير ، وإنما قال (وقيل هو الصحيح) أي قول الكرخي لأن من المشايخ كشمس الأثمة من يرجع قول الطحاوي عليه ، غير أن توجيهه بأن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم .. وقوله (والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يريد إجماع الخلفاء الراشدين ولا فهو محل النزاع إلى اليوم من العلماء (قوله وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب بمغيرين الخ) جمعه نظرا إلى قوله فأخذوا . ولا يخفى أن الكلام أيضا في قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيها على أن الثلاثة أيضا مراد أي إذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير إذن الإمام (فأخذوا شيئا لم يخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد ، وأما الأربعة فيخمس . وفي المحيط عن أبي يوسف : أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة ، والتي لها منعة بعشرة ، ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم أنه يخمس ما أخذه الواحد تلصصا لأنه مال حرى أخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ، ونحن وأحمد رحمه الله في رواية عنه تمنع أنه يسمى غنيمة ، بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة ، إذ المتلصص إنما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاغتصاب والاصطياد ، ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص ، بخلاف ما قاسوا

(وقيل هو الأصح ما روى أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم ، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يعني إجماع الخلفاء الأربعة الراشدين كما مر (أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة) كما تقدم في أول البحث ، وكرر هذه الزيادة للإيضاح ، وإنما قال : وقيل هو الأصح لأن صاحب المبسوط اختار قول أبي بكر الرازي أن الفقراء لم يكونوا مستحقين ، وإنما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف إليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ، ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو مختار القدوري كما أشار إليه قوله : وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة . وقوله (وإذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر . وقوله (والمشهور أنه يخمس) ظاهر . ووجه الرواية الأخرى أن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين ، فصار كاستحار لا يقدر على القهر والغلبة . فإن قلت : قوله تعالى - واعلموا أنما غنمتم من شيء - مطلق فيجب الخمس وجد الإذن أو لم يوجد : أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة . وقوله (وإن دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية . نقل الثناطى عن كتاب الخراج لابن شجاع : كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول : إذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في أرض الحرب للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصيروا تسعة ، فإذا بلغوا ذلك فهم منرية (قوله إذ لو خلفهم) أي ترك عونهم (كان فيه وهن للمسلمين) أي ضعفهم .

(فصل في التنفيل)

قال (ولا بأس بأن ينقل الإمام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول « من قتل قتيلًا فله سلبه » ويقول للسرية قد جعلت لكم الربيع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه ، قال الله تعالى عليه من الواحد والاثنين إذا دخلوا بإذن الإمام لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم ، كما عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالأربعة أو العشرة إذا دخلوا بغير إذنه تخافا من توهين المسلمين والذين فلم يكونوا مع نصرة الإمام متلصصين ، وكان المأخوذ قهرا غنيمة ، وخلده خذلانا إذا ترك نصره وأسلمه .

(فصل في التنفيل)

نوع من القسمة فالحقه بها ، وقدم تلك القسمة لأنها بضابط وهذا بلا ضابط لأنه إلى رأى الإمام بأن ينقل قليلا وكثيرا ونحوهما . والتنفيل إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة الزائدة على الفرض ، ويقال لولد الولد كذلك أيضا ، ويقال نفله تنفيلًا ونفله بالتخفيف نفلا لفتان فصيحتان (قوله ولا بأس بأن ينقل الإمام) أى يستحب أن ينقل نص عليه في المبسوط ، وسيدكر المصنف أنه يحريض والتحريض مندوب إليه ، وبه يتأكد ماسلف بأن قول من قال لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى ليس على محومه . واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور، لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغیره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى ، فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا غيرها ، ثم إذا كان هو أدهى الخصال إلى المقصود يكون إسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب بخير . وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين السلم حرام فليس بشيء ، وإلا حرم التنفيل لاستلزامه محرما ، وإنما قيد بقوله حال القتال لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإضابة سواء كان بسبب المقتول أو غيره . وبشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلًا » وإنما كان بعد فراغ الحرب في حين (قوله فيقول من قتل قتيلًا فله سلبه) أو من أصاب شيئا فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربيع بعد الخمس) أى بعد رفع الخمس .

(فصل في التنفيل)

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ، ففصل عما قبله بفصل ، يقال نقل الإمام الغازي : أى أعطاه زائدا على سهمه بقوله « من قتل قتيلًا فله سلبه » (قوله لا بأس بأن ينقل الإمام) يدل على أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على محومه ، فإن التنفيل قبل إحرز الغنيمة مستحب لأنه تحريض والتحريض مندوب إليه بقوله تعالى « يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال - فإن قيل : الأمر المطلق للوجوب فما الصارف عنه إلى الاستحباب ؟ فالجواب أنه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف إلى الاستحباب (قوله من قتل قتيلًا) تسمية الشيء باسم ما يشترط إليه

(فصل في التنفيل)

(قال المصنف : فيقول من قتل قتيلًا الخ) أقول : أثناء التعبير .

- يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال - وهذا نوع تحريض ، ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره ، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل ، فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام) لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز : قال (إلا من الخمس) لأنه لاحق للغنائم في الخمس

أما لو قال للمسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجوز لأن فيه إبطال السهمان التي أوجبها الشرع لإذ فيه تسوية القارس بالرابل ، وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص . ذكره في السير الكبير ، وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيها ، وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية ، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهاه فهو أولى بالبطلان ، والقرع المذكور من الخواشي ، وبه أيضا يقتضي ما ذكر من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة فيه ، وفيه زيادة إعماش الباقيين وزيادة الفتنة ، ولا ينفل بجميع المأخوذ لأن فيه قطع حق الباقيين ، ومع هذا لو فعل جاز إذا رأى المصلحة فيه . ثم محل التنفيل الأربعة الأخماس قبل الإحراز بدار الإسلام ، وبعد الإحراز لأصبح إلا من الخمس ، وبه قال أحمد . وعند مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح إلا من الخمس لأنه الموقوف إلى رأى الإمام وما بقى للغنائم . قلنا : إنما هي حقهم بعد الإصابة ، أما قبلها فهو مال الكفار ، وفيه نظر لأن حقيقة التنفيل إنما هو ما يصاب لاحال كونه ماله فإن حقيقته تعليق التملك بالإصابة ، وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة . ثم حق الغنائم فيه ضعيف مادام في دار الحرب ، بخلاف بعده ، وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الإسلام بأن هجمهما العدو ليس له أن ينفل إلا من الخمس لأنه بمجرد الإصابة صار محرزا بدار الإسلام (قوله لأنه لاحق للغنائم في الخمس) . أورد عليه أنه إن لم يكن حقا لهم فهو للأصناف الثلاثة ، فكما لا يجوز إبطال حق الغنائم كذلك لا يجوز إبطال حق غيرهم . أجب إنما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الأصناف الثلاثة ، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكفي لما قدمنا أنهم مصارف ، ولهذا قال في الذخيرة : لا ينبغي للإمام أن يضمه في الغنى ويجعل نقلا له بعد الإصابة لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء ، فجعله للأغنياء إبطال حقهم

(قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) يعنى التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر سيف أبي جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل ، وإن فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير : إذا قال الإمام للمسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نقلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز ، لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال ، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل ، وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم ، ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وإبطال حق ضمفاء المسلمين وذلك لا يجوز : وقوله (لأنه لاحق للغنائم في الخمس) فيه نظر ، فإنه إن لم يكن فيه إبطال حق الغنائم ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة وذلك لا يجوز . وأجيب بأن جوازها باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الأصناف الثلاثة فلم يكن ثمّة إبطال حقهم إذ يجوز صرف الخمس على أحد الأصناف لما تقدم أنهم مصارف لامتساقون ، لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحدا من الأصناف الثلاثة فقيرا لأن الخمس حق المحتاجين لاحق للأغنياء فجعله لافئ إبطال حق المحتاجين

(وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي : السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقيلا لقوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا فله سلبه » والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعث له ، ولأن القاتل مقيلا أكثر غناه فيخص بسلبه إظهارا للتفاوت بينه وبين غيره . ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص .. وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة « ليس لك من سلب قتيلا إلا ما طابت به نفس إمامك » وما رواه يحمثل نصب الشرع ويحمثل التنزيل فنحمله على الثاني لما روينا به .

(قوله وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي : السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد ، إلا أنه قال : إذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الأول قول واحد . وله فيمن يرضخ له قولان : أحدهما كقول أحمد ، والثاني لأسلب له ، وشرطا أن يقتله مقيلا لا مدبرا ، وأن لا يرى مهما إلى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لأن ذلك ليس غناه كثيرا ، إذ كل أحد لا يجز عنه . واستدل عليه بما روى الجماعة إلا النسائي من حديث أبي قتادة : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى حنين فساقه إلى أن قال : فقال عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا له عليه بيعة فله سلبه ، قال : فقممت فقلت من يشهدني ثم جلست ، ثم قال مثل ذلك في الثانية ، فقممت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مالك يا أبا قتادة فاقصصت عليه القصة : يعني قصة قتله للقتيل ، فقال رجل من القوم : صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتل عندي فأرضه من حقه ، فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لاها الله إذن لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه ، قال عليه الصلاة والسلام : صدق فأعطه إياه ، قال فأعطانيه » وأنخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين « من قتل كافرا فله سلبه » فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم . ورواه ابن حبان والحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك ، وإنما الكلام أن هذا منه نصب الشرع على العموم في الأوقات والأحوال ، أو كان تحريضا بالتنزيل قاله في تلك الواقعة وغيرها يخصهما ؛ فعنده (هو نصب الشرع) لأنه هو الأصل في قوله (لأنه إنما بعث لذلك) وقلنا : كونه تنظيلا هو أيضا من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص ، واستبدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبي سلمة : « ليس لك من سلب قتيلا إلا ما طابت به نفس إمامك ») فكان دليلا على أحد محتملي قوله « ومن قتل قتيلا فله سلبه » وهو أنه تنزيل في تلك الغزاة لانصباب عام للشرع ، وهو حسن لو صح الحديث أو حسن ، لكنه إنما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط : بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أنريجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها

وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر . وقوله (وما رواه يحمثل نصب الشرع ويحمثل التنزيل) قيل وهو الظاهر لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وحينئذ الحاجة إلى التحريض ، وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال « من أخذ أسيرا فهو له » ثم كان ذلك منه على وجه التنزيل فكذلك في السلب (فيحمل على الثاني) يعني على التنزيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبي سلمة دفعا للتمارض .

فخرج إليه فقتله، فجاء بما معه، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة: لا تحرمي رزقا رزقنيه الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل، فقال معاذ: يا حبيب إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه». وهذا معلول بعمر بن واقد. ورواه إسحاق بن راهويه: حدثنا بقية بن الوليد، حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال: كنا معسكرين بدابق، فذكر لحبيب بن مسلمة الصهرى إلى أن قال: فجاء بسلبه يحتمله على خمسة أبقال من الدباج والياقوت والزبرجد، فأراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه، فقال حبيب لأبي عبيدة: قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من قتل قتيلًا فله سلبه» قال أبو عبيدة: إنه لم يقل ذلك للأبد، وسمع معاذ ذلك فأبى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه، فقال معاذ: ألا تتق الله وتأخذ ما طابت به نفس إمامك، فإنما لك ما طابت به نفس إمامك، وحديثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم، فاجتمع ربهيم على ذلك فأعطوه بعض الخمس، فباعه حبيب بألف دينار. وفيه كما ترى مجهول. ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك، وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة، ولكن قد لا يضر ضعفه، فإنما إنما نستأنس به لأحد احتملى لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام، وقد يتأيد بما فى البخارى ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف فى مقتل أبي جهل يوم بدر، فإن فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفره بعد ما رأى سيفيهما: «كلا كما قتله، ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده» ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما، إلا أن الأبيى دفعه بأن غنيمته بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطى منها من شاء، وقد قسم لجماعة لم يحضروا، ثم نزلت آية الغنيمه بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الأمر على ذلك انتهى. يعنى ما كان إذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال، وقد يدعى أنه قال فى بدر أيضا على ما أخرجه ابن مريويه فى تفسيره من طريق فيه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس، وعن عطاء بن سحلان عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر «من قتل قتيلًا فله سلبه» فجاء أبو اليسر بأسيرين، فقال سعد بن عباد: أى رسول الله، أما والله ما كان بنا جبين عن العدو ولا ضن بالحياء أن نصنع ما صنع إخواننا ولكننا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعلك بمضيعة، قال: فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم، فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للأبد. وهو وإن ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر: «من قتل قتيلًا فله كذا وكذا» فى أبى داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا، وإنما هو كناية من الراوى عن خصوص ما قاله. وقد علمنا أنه لم يكن حتى دراهم أو دنانير، فإن الحال بذلك غير معتاد، ولا الحال يقتضى ذلك لقلها أو علمها، فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه الراوى هو السلب، وما أخذ لأنه المعتاد أن يحصل فى الحرب للقاتل، وليس كل ماروى بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جملة فى بدر السلب للقاتل والمأخوذ للأخذ فيجب قبوله، غاية الأمر أنه تظاهرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله «من قتل قتيلًا فله سلبه» أنه ليس نصبا عاما مستمرا، والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقى إلى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل فى تلك الوقائع. وما يبين ذلك بقية حديث أبى داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا: فقلد التقيان ولزم المشيخة الأريات، فلما فتح الله عليهم قال المشيخة: كنا ردة لكم، لو انهزمتم فقم لنا فلما تذهبوا بالغمم وتبى، فأبى التقيان ذلك وقالوا: جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا

وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ، وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة ، وكذا ماله على الدابة من ماله في حقيقته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب)

الحديث . فقله جعله بين أن كذا وكذا هو جملة السلب للقاتلين والمأخوذ للاختلين . وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا . قال : «خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ، ورافقني مدد من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفرى بالمسلمين ، وقعد له الممدى خلف حفرة قر به الرومي فحرق فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه ، فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي ، قال عوف : فأتيت خالدا فقلت له : يا خالد أماعلمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ، قال بلى ، ولكن استكثرته ، قلت : لردنه أو لأحرقتكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه . قال عوف : فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضيت عليه قصبة الممدى وما فعل خالد ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا خالد رد عليه ما أخذت منه ، قال عوف : فقلت دونك يا خالد ألم أفلك ، فقال صلى الله عليه وسلم : وما ذاك ؟ قال فأخبرته ، قال : فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : يا خالد لا ترد عليه ، هل أنتم تاركوني أمأرى لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ، فيه أمران : الأول رد قول من قال إنه عليه الصلاة والسلام لم يقبل من قتل قتيلاً فله سلبه ، وإلا في حين ، فإن مؤتة كانت قبل حين ، وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك ، والآخر أنه منع خالداً من رده بعد ما أمره به ، فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلاً وأن أمره بإياه بذلك كان تنفيلاً طابت نفس الإمام له به ، ولو كان شرعاً لازماً لم يمنعه من مستحقه . وقول الخطابي : إنما منه أن يرد على عوف سلبه جزاء لعوف لثلاث يتجرأ الناس على الأئمة وخالد كان عبثياً ، فأمضاه عليه الصلاة والسلام ، والبصير من الضرر يتحمل للكثير من النفع خلط ، وذلك لأن السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وإنما كان للممدى - ولا تزر وازرة وزر أخرى - وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأجر له منه . فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولاً لأن بعض شفاعته للممدى في التنفيل ، فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لا أنه لغضبه وسياسة يزجره بمنع حتى آخر لم يقع منه جناية . فهذا أيضاً يدل على أنه ليس شرعاً عاماً لازماً . وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلاً فقال زيادة الغناء (في الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة زيادة من المغم من قامت به . وقوله (كما ذكرناه) يعنى ما قدمه في أول فصل كيفية القسمة من أنه تحل اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لأنه يحتاج إلى شاهد بأن إغناء هذا في هذا الحرب أكثر من هذا ، ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك إذ لا بعد أن يتفق إغناء من غير المشهور في وقت أكثر من المشهور ، أو يشير إلى قوله لأن الكرم والكرم من جنس واحد (قوله والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيقته وما على وسطه) من

وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلاً أكثر غناء (قوله كما ذكرناه) إشارة إلى ما تقدم من قوله ولأنه تحل اعتبار مقدار الزيادة ، أو من قوله لأن الكرم والكرم من جنس واحد في فصل كيفية القسمة

(قال المصنف : ومركبه) أقول : بالرفع .

وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين ، فأما الملك فلما ثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل ، حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها ، وكذا لا يبيعها . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : له أن يعطاها ويبيعها ، لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمه في دار الحرب وبالشراء من الحرى ، ووجوب الضمان بالإتلاف قد قبل على هذا الاختلاف ، والله أعلم .

ذهب وقضه (وما) سوى ذلك ١٤ (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حتى الكل . والحقيقة الرقادة في مؤخر القتب ، وكل شيء شدته في مؤخرة رحلك أوقبتك فقد استحقته . وللشافعى في المنطقة والطريق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيقته قولان : أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد ، والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في برده وروايان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين) فقط . وأما الملك فلما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل) أى في باب الغنائم من قوله ولأن الاستيلاء لإثبات اليد الحافظة والنافذة الخ (حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له) ومن أصاب شيئا فهو له (فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها) في دار الحرب (وقال محمد : له أن يعطاها) وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كاختصاص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالإجماع بعد الاستبراء بخلاف المتخصص إذا أمده جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق ، لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها . ولما أن سبب الملك في النفل ليس إلا القهر كما في الغنيمة ، ولا يتم إلا بعد الإحراز بدار الإسلام لأنه مادام في دار الحرب مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ، ولا أثر للتنفيل في إثبات القهر بل في قطع حق غيره ، وأما الملك فلما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا ، بخلاف المشتراة لأن سبب الملك المقدر والقبيض بالتراضى لا القهر وقد تم ، وعدم الحل للمتخصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الإحراز لما ذكر لأن لحوق الجيش موهم فلا يعارض الحقيقة . واعلم أن كون الملك يتم بالقسمه في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف . قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة ، وجعل الأظهر عدم الحل فلا يتم القياس عليه لحمد إلا على أحد القولين . وقوله (ووجوب الضمان بالإتلاف) ذكره لنفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف

(قوله لما مر من قبل) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولأن الاستيلاء لإثبات اليد الحافظة والنافذة فلما لم يثبت الإحراز بدار الإسلام لم تثبت النافذة فلا يثبت الاستيلاء ، ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك . وقوله (لأن التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله أن المدد لا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسمه في دار الحرب) وهو ليس بمقتضى عليه لأن من أصابنا من يقول قسمه الإمام لا تدم المانع من تمام القهر وهو كونهن مقهورين ذارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته . وقوله (ووجوب الضمان) مراعى على الابتداء . وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره . وفي بعض النسخ : وقد قيل بالوار فيكون معطوفا على قوله الملك : أى يثبت الملك ووجوب الضمان للمتلل له على من أتلف من الفزاة سلبه الذى أصابه ، والأول أولى ، ولما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وبيان ذلك أن محمدا ذكر في الزيادات أن التلف لسلب من نفعه الإمام يغضن لأن

لأن محمدا ذكر في الزيادات أن المثلث لسلب نقله الإمام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحمل الوطء عند كما أيضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وإنما يضمن عند محمد خلافا لهما . وفي نسخة وقد قيل بالواو ، والله الموفق .

الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف ، فورد الضمان شبهة عليهما لأن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحمل الوطء على تلهيهما أيضا بعد الاستبراء ، فقال في دفع ذلك إته أيضا يحمل الاختلاف عند محمد يضمن : وعندهما لا يضمن والله أعلم .

انتهى الجزء الخامس من فتح القدير

وبالله :

الجزء السادس ، وأوله : باب استيلاء الكفار

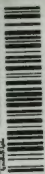
فهرس

الجزء الخامس

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن العماد الحنفى

صفحة	صفحة
٢٢٤	باب العتق على جعل
٢٤٦	باب التدبير
٢٧٨	باب الاستيلاء
٣٠١	كتاب الإيمان
٣١٦	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
٣٤٤	فصل فى الكفارة
٣٥٣	باب الممين فى الدخول والسكنى
٣٦٣	باب الممين فى الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك
٣٨٠	باب الممين فى الأكل والشرب
٣٩٣	باب الممين فى الكلام
٤١٧	فصل فى ممين من حلف لا يكلم حيناً أو زماناً
٤٢٢	باب الممين فى العتق والطلاق
٤٣٤	باب الممين فى البيع والشراء والزوج، وغير ذلك
٤٤٤	باب الممين فى الحج والصلاة والصوم
٤٥٥	باب الممين فى الثياب والحلى وغير ذلك
٤٦٢	باب الممين فى القتل وغيره
٤٦٩	باب الممين فى نقاضى الدرام
٤٩٢	مسائل متفرقة
٥١٠	كتاب المملوك

Bibliotheca Alexandrina



0597214